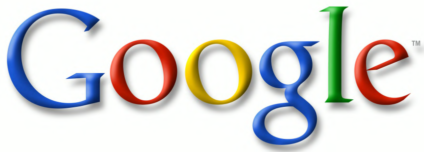


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

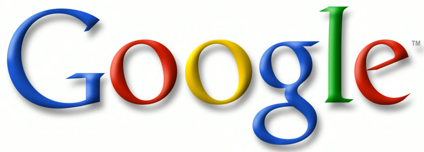
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

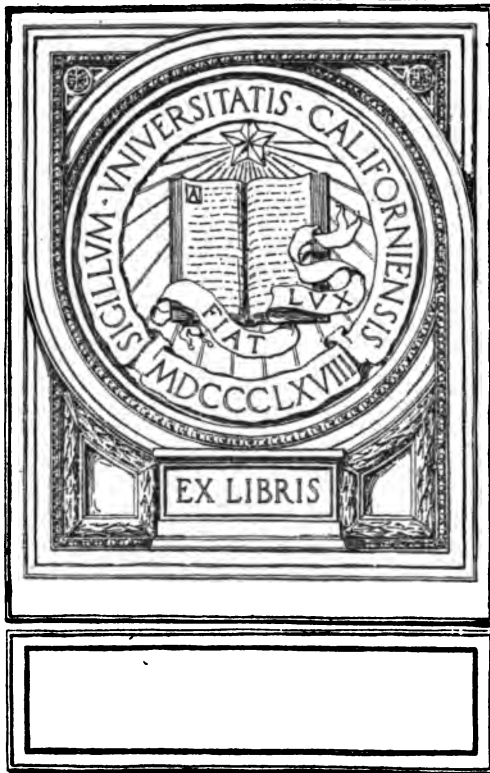
+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`


UC-NRLF
$B 47 653

GIFT OF
JANE K. SATHER



DE LA

DIFFAMATION ENVERS LES MORTS

ET

LA CRITIQUE HISTORIQUE

LA DIFFAMATION ENVERS LES MORTS ET LA CRITIQUE HISTORIQUE

PAR

Charles AZARD
DOCTEUR EN DROIT
ANCIEN ÉLÈVE DIPLÔMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

> L'historien prend la vie où elle est, dans le présent et il vivifie du souffle de son âme les âmes évanouies.
>
> ALBERT SOREL.

UNIV.
CALIFORNIA

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1901

D13
A9

UNIV. OF
CALIFORNIA

A MA MÈRE

301367

PRÉFACE

> **L'historien prend la vie où elle est, dans le présent et il vivifie du souffle de son âme les âmes évanouies.**
>
> **ALBERT SOREL.**
>
> ***(Discours prononcé à l'inauguration de l'Université de Lille.)***

Un homme vient à mourir. Il a passé sur la scène du monde au milieu de la foule qui l'emplit et y figure ; et il a tenu un rôle qu'il n'appartient pas encore d'apprécier. Les années passent : les faits s'accumulent, les évènements s'expliquent les uns les autres. Ce qui n'apparaissait au lecteur blasé du journal qu'un fait-divers sans portée devient « un de ces coups dont les contre-coups portent si loin », et voilà que le rôle de cet homme, mort depuis longtemps déjà, presque oublié de la foule, va se dessiner, se préciser et prendre une importance que nul ne soupçonnait.

Le fait-divers va devenir l'histoire et la « personnalité » d'hier la figure historique de demain. Du même coup, l'attention universelle va se porter sur celui dont parlaient encore ceux-là seulement qui l'avaient approché dans l'intimité ; du même coup, les penseurs vont interroger sa vie, scruter son passé, et examiner sa valeur. Son influence sur les évènements contemporains, ce qu'il

a pris à son temps et ce qu'il lui a donné, la solidité dans l'avenir de l'œuvre qu'il avait forgée dans le passé, la mesure dans laquelle se sont réalisées ses ambitions et ses prévisions : l'historien voudra connaître tout cela, car tout cela désormais lui appartient. Correspondance privée, vie intime, affections passionnées, chagrins du cœur, rapports de famille, difficultés d'existence : rien ne lui sera indifférent, car il sait que l'homme n'est qu'une résultante, qu'un total, et que, pour qu'un calcul soit juste, il ne faut retrancher de l'opération aucun facteur. Il dira tout ; il critiquera tout, car on ne peut être juste sans être complet. Mais, dans ce besoin de tout dire, il sera inévitablement amené à mettre en lumière quelque tache effacée, à révéler quelque faute inconnue et peut-être à faire entendre à leur sujet des jugements sévères et mérités. *Dans quelle mesure cet historien sera-t-il un diffamateur ?* Telle est la question que s'est posée l'auteur de ces lignes et qu'il s'est efforcé de résoudre. Elle n'est pas seulement théorique et quelques historiens l'ont déjà appris à leurs dépens. Elle préoccupe à juste titre le monde des savants qui se demandent avec angoisse si la législation actuelle les met à la merci d'un héritier susceptible et si pour éviter les rigueurs des tribunaux, ils ne doivent pas tronquer une partie de la vérité. De par la loi, y aurait-il aujourd'hui opposition entre la Vérité et le Droit et les fidèles de l'une devraient-ils être nécessairement les victimes de l'autre ? C'est la question que nous ont posée nombre d'écrivains de l'histoire et nous n'avons pas eu d'autre intention en leur offrant cette étude, que de leur faire connaître la limite de leurs pouvoirs et l'étendue de leurs droits.

Peut-être concluront-ils avec nous qu'ils en mérite-

raient davantage. Ce sera l'œuvre du législateur du XXe siècle que de donner pleins pouvoirs sur le passé et toute liberté dans le présent à ceux qui, soit en ratifiant l'enthousiasme des foules, soit en le combattant, n'ont d'autre idéal que le Vrai et d'autre ambition que d'en pénétrer l'âme de leurs concitoyens. Puisse cette étude hâter la solution du problème en pénétrant les esprits de son importance, et en leur rappelant que, selon la parole de Villey : « l'histoire sans liberté, c'est l'histoire sans dignité et sans utilité ! »

Paris, juin 1901.

UNIV. OF CALIFORNIA

LA DIFFAMATION ENVERS LES MORTS

ET

LA CRITIQUE HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

IMPORTANCE DE LA QUESTION DE LA DIFFAMATION ENVERS LES MORTS

§ 1. — La question de l'étendue des droits de la critique historique est susceptible de plusieurs solutions. suivant qu'on l'envisage à un point de vue philosophique et abstrait, ou à un point de vue législatif et concret.

Théoriquement, la raison semble trouver d'elle-même la réponse satisfaisante : l'historien vraiment digne de ce nom *pourra* tout dire car il *saura* tout dire. Chez lui, la noblesse du style sera à la hauteur de l'élévation de la pensée. Pourquoi dès lors imposer des limites à ses recherches et des obstacles à son talent ?

Mais des considérations puissantes d'un ordre positif ont empêché jusqu'ici les législations d'inscrire dans leurs textes une solution aussi libérale. De graves intérêts se trouvent de part et d'autre qui ne doivent point entrer en

conflit et sous le prétexte qu'il a le droit de faire la lumière sur le passé, l'historien ne doit pouvoir troubler la paix des familles dans le présent. De là, la nécessité d'imposer à l'histoire des limites à ses investigations, de lui interdire certains accès et de sanctionner par des mesures efficaces, les prohibitions que, dans l'intérêt social, la loi a dû lui imposer.

Mais cette œuvre législative est loin d'être infaillible. Tout permet de penser qu'elle n'est point immuable et qu'elle ne saurait être définitive. Dans quel sens l'évolution est-elle nécessaire, et quelle doit-être la règle de demain pour que la loi s'harmonise avec les exigences de la Science ? C'est encore une question qui doit être étudiée et que comporte un sujet de ce genre.

§ 2. — C'est qu'en effet, à côté des lois existantes que le jurisconsulte doit interpréter en les éclairant de celles qui les ont précédées, il y a celles qui sont « en puissance », et que l'observateur doit savoir dégager des nécessités ambiantes ; à côté de ce qu'ont fait les législateurs, il y a le point de savoir ce qu'ils auraient dû faire. Mais pour apprécier leur œuvre en toute sincérité, il faut d'abord rechercher la pensée qui l'a enfantée et le but qu'elle s'est efforcée d'atteindre.

Les familles constituent dans toute société civilisée la base même de l'Etat. Bien plus et à certaines époques aristocratiques elles forment de véritables états dans l'Etat et si *la tribu*, *la gens*, *la seigneurie féodale*, ont puissamment contribué au développement des groupements qu'elles composaient c'est en raison de la solidité extraordinaire du lien qui unissait tous leurs membres entre eux. Les évolutions de la société ont sans doute modifié l'im-

portance des familles. Les régimes démocratiques en exaltant l'individu ont par là même abaissé les collectivités familiales. Mais certains devoirs ont continué de s'imposer à elles et, gardiennes jalouses de l'honneur de leurs ancêtres, elles ont toujours eu après leur mort, l'obligation de veiller à la conservation intacte du patrimoine moral qu'ils leur avaient légué et de soumettre à la justice tout ce qui aurait pu lui porter atteinte. Ce devoir est d'autant plus impérieux qu'il ne saurait être rempli par d'autres que les parents. Si ceux-ci n'agissaient pas, ce serait l'impunité assurée pour le coupable ; si aucun vivant ne se levait au nom du mort outragé, ce serait la lâcheté récompensée et par là même encouragée, puisqu'il suffirait d'attendre avec patience la mort de celui que l'on vise pour l'atteindre en toute sécurité. Il faut donc que la famille puisse intervenir pour rendre impossible ce lâche calcul ; il faut qu'elle puisse demander réparation des injures faites à la mémoire de ses morts. Il y va de son honneur et de sa dignité.

§ 3. — On l'a cependant contesté au nom des principes philosophiques ou religieux. Chose curieuse ! des écoles opposées sont arrivées par des raisonnements différents à des solutions identiques. L'une d'elles n'a-t-elle pas dit en substance : « Protéger la mémoire des morts ! c'est faire preuve d'irréligion et propager les doctrines matérialistes ! Eh quoi ! l'homme qui rend son âme à Dieu, n'a-t-il plus à attendre son jugement que de Lui? Qu'a-t-il besoin de la sentence des hommes quand il va comparaître devant son Juge suprême et que peut lui importer l'injure d'un écrivain quand la pureté de sa vie lui vaudra peut-être une place au milieu des élus?

Protéger la mémoire des morts, c'est suivre les errements des législations païennes, c'est oublier l'essence même du spiritualisme, c'est proclamer que le royaume des cieux n'est point une récompense suffisante pour ceux qui ont bien vécu, c'est vouloir substituer au jugement de Dieu le jugement des hommes! »

Nous ne nous donnerons même pas la peine de réfuter de pareilles théories. Elles dénotent un état d'esprit si différent du nôtre, elles rappellent un passé si lointain qu'elles ne peuvent sérieusement arrêter le jurisconsulte moderne. Il est toutefois intéressant de voir par quelles raisons du même genre les protecteurs de la mémoire des morts cherchaient à justifier leur doctrine.

« Ce n'est pas nous, disaient-ils à leurs adversaires, qui oublions les principes métaphysiques du christianisme. C'est vous au contraire, car en arrêtant la protection de la loi au seuil même du tombeau, en abandonnant sans défense l'individu à son ennemi alors qu'il rend son dernier soupir, vous laissez à penser que tout meurt en même temps en lui, qu'il tombe tout entier dans le néant et que rien ne survit à sa dépouille charnelle ! Or cette doctrine c'est précisément celle des athées ; c'est celle des matérialistes qui nient l'existence d'une vie future et la survivance de l'esprit à la matière ».

Partisans et adversaires du spiritualisme avaient le tort en cette occurence d'introduire des doctrines métaphysiques là où elles n'avaient rien à voir. Ce n'est point à la philosophie qu'il faut demander si la mémoire des morts doit être protégée, c'est au Droit et au Droit seul. Or il est impossible en droit de soutenir que l'individu meurt tout entier. Il laisse en effet un patrimoine actif et passif à ses successeurs chargés de le recueillir et de l'ad-

ministrer, et si sa propre famille ne lui fournit pas d'héritiers ne peut-il pas au moyen d'un legs universel, créer de véritables continuateurs à sa personne ? D'ailleurs dans plusieurs de ses dispositions le code n'a-t-il pas parlé du défunt pour le protéger et lui reconnaître des droits ? (1). N'a-t-il pas décidé qu'ils étaient basés sur un intérêt véritable et si on admet — ce qui ne peut faire de difficulté — que la famille a un intérêt certain à ne pas laisser attaquer la mémoire de ses ancêtres, on établit par là même qu'en droit positif comme en droit naturel les héritiers doivent être déclarés recevables à exercer cette protection.

§ 4. — Mais à côté de ce premier intérêt et en face de lui, il y a l'intérêt social, l'intérêt général, que représente l'Histoire. Elle se dresse en face des héritiers et leur réclame le droit de parler au nom de la Science. Elle est en effet, *la lumière de la vérité* (2). Elle doit non seulement faire œuvre d'érudition mais elle doit aussi pouvoir juger. Après avoir instruit ses procès elle doit faire entendre sa sentence et si elle a le droit d'exalter ou simplement d'acquitter les uns elle doit inévitablement avoir le droit de condamner les autres. (3) C'est en incarnant la conscience populaire que l'histoire peut prétendre au rôle d'éducatrice des générations à venir ; si elle renonce à un rôle aussi noble elle devient une forme aride et sèche de l'érudition pédantesque et par une modestie injustifiable elle détruit son principe et sa raison d'être.

(1) A signaler notamment les articles 1046 et 1047 du Code civil et l'ancien article 447 du Code d'Instruction criminelle.

(2) Cicéron. *De Oratore*, liv. II.

(3) Nam quis nescit primam esse historiæ legem, ne quid falsi dicere audeat ? Deinde nequid veri non audeat ? nequa suspicio gratiœ sit in scribendo ? nequa simultatis » Cicéron, *De Oratore*, II. 15.

La loi va-t-elle punir cet historien qui renonçe à abdiquer ses droits essentiels ? Va-t-elle l'assimiler au pamphlétaire de parti-pris, au professionnel de la diffamation?

Va-t-elle tamiser la lumière qu'il a fait jaillir sous prétexte que la puissance de sa clarté a pu causer des victimes ?

Non, répond la raison sans hésiter. Les exemples du passé sont là pour protester contre toute tentative de ce genre. L'historien est plus qu'un écrivain ; il est un juge. Il doit pouvoir venger les uns et flétrir les autres.

§ 5. — Châteaubriand dans son magnifique langagea tracé cette mission dans des termes qu'on ne saurait traduire sans leur enlever toute leur force :

« Lorsque dans le silence de l'abjection, l'on n'entend plus retentir que la chaîne de l'esclave ou la voix du délateur ; lorsque tout tremble devant le tyran et qu'il est aussi dangereux d'encourir sa faveur que de mériter sa disgrâce, l'historien parait chargé de la vengeance du peuple. C'est en vain que Néron prospère. Tacite est déjà né dans l'Empire ; il croît inconnu auprès des cendres de Germanicus et déjà l'intègre Providence a livré à un enfant obscur la gloire du maître du monde. Bientôt toutes les fausses vertus seront démasquées par l'auteur des Annales : bientôt, il ne fera voir dans le tyran déifié que l'histrion, l'incendiaire et le parricide : semblable à ces premiers chrétiens d'Egypte, qui, au péril de leurs jours, pénétraient dans les temples de l'idolâtrie, saisissaient au fond d'un sanctuaire ténébreux la Divinité à qui le crime offrait l'encens de la peur et traînaient à la lumière du soleil au lieu d'un Dieu quelque monstre horrible » (1).

(1) *Mercure de France*. T. XXIX, p. 7. Juillet 1807.

La gravité des intérêts en présence explique l'embarras du législateur et les obscurités des textes. Pénétré de l'importance de la protection des droits de l'histoire en même temps que de celle de l'honneur des familles, la loi a souvent hésité à trancher d'un coup sec et brutal, les conflits de la pratique et à faire pencher les plateaux de sa balance d'un côté plutôt que de l'autre.

Elle a le plus souvent préféré remettre au juge du fait le soin de décider ce qu'exigeait l'intérêt social et l'ordre public, et redoutant toute solution géométrique, elle s'en est reposée sur l'esprit de finesse qui doit être celui de la jurisprudence.

§ 6. — Mais nous verrons que l'œuvre qui n'a point été tentée dans le passé deviendra nécessaire dans l'avenir.

La liberté de la presse — condition essentielle de tout gouvernement démocratique — en permettant de tout dire a permis à l'écrivain sans scrupule de tout attaquer. Il en est résulté pour l'historien, une tâche plus haute, mais aussi plus ardue. Il n'est plus celui qui collectionne les documents et les présente sous un jour agréable et instructif ; il est devenu une sorte de juge en dernier ressort, et c'est à son Tribunal de Cassation que se porteront désormais les demandes en révision des jugements de la foule. Plus que jamais ses droits doivent être précisés et limités car jamais ses devoirs n'ont été plus impérieux.

CHAPITRE II

LES SOLUTIONS DIVERSES A TRAVERS LES AGES

§ I. — Toute œuvre nouvelle étant composée en partie de celle qui l'a précédée et le présent n'étant qu'un résidu du passé, il est indispensable au début d'une étude de ce genre de jeter un coup d'œil en arrière et de nous demander « quels sont les morts qui parlent » par la voix des lois en vigueur.

Les peuples anciens n'avaient pas plus méconnu le problème qui nous occupe qu'ils n'avaient ignoré les difficultés politiques que nous rencontrons dans nos sociétés et ils l'avaient résolu suivant leur tempérament, leurs coutumes et leurs traditions de façons bien différentes.

Ils ne méconnaissaient pas les exigences de l'histoire. Ils savaient que les personnages publics, que les souverains au-dessus de toute critique pendant leur vie, devaient après leur mort comparaître au Tribunal de l'opinion publique.

Impartialement leurs actes devaient être pesés, appréciés à leur juste valeur afin que leur conduite puisse être en toute justice proposée en exemple à leurs concitoyens ou au contraire blâmée par eux.

Sans doute on ne rencontre pas chez les très anciens peuples une critique historique organisée et brillante comme celle des Grecs et des Romains mais on peut voir des institutions qui, en fait, jouaient le même rôle et qui ne sauraient être passées sous silence dans une étude complète sur l'origine de la critique historique.

§ 2. — En Egypte l'honneur de la sépulture n'était accordé qu'à celui qui avait bien vécu et qu'après un jugement que rendait un Tribunal régulièrement institué. Aucun individu n'échappait à ce contrôle posthume de sa vie. Les Rois et leurs sujets ; les maîtres et leurs esclaves se retrouvaient égaux après la mort devant les juges de leur passé et il n'y avait point de distinction sociale ni de situation de fortune qui pouvait faire casser un jugement refusant la sépulture à un individu en raison de son passé.

Or, si on se rappelle l'importance qu'attachaient les Anciens à savoir si leur corps serait enterré ou non on peut sans hésiter affirmer que l'idée du jugement qui après leur mort serait rendu sur leurs actes retenait une foule d'individus dans le chemin de l'honneur et de la vertu.

L'histoire nous fait connaître la sévérité du Tribunal des Morts en Egypte. Aucune faveur en raison de l'importance sociale du défunt ; aucune indulgence en raison des services qu'il avait pu rendre de son vivant. « C'est une consolation, dit Bossuet (1), de laisser en mourant son nom en estime parmi les hommes et de tous les biens humains c'est le seul que la mort ne peut nous ravir; mais il n'était pas permis en Egypte de louer indifféremment

(1) Discours sur l'Histoire Universelle, 3e partie. chap. 3.

tous les morts. Il fallait avoir cet honneur par un jugement public. Aussitôt qu'un homme était mort on l'amenait en jugement.

L'accusateur public était écouté. S'il prouvait que la conduite du mort eût été mauvaise, on en condamnait la mémoire et il était privé de sépulture. Le peuple admirait le pouvoir des lois qui s'étendait jusqu'après la mort et chacun touché de l'exemple craignait de déshonorer sa mémoire et sa famille. Que si le mort n'était convaincu d'aucune faute, on l'ensevelissait honorablement, on faisait son panégyrique, mais sans rien y mêler de sa naissance. Toute l'Egypte était noble et d'ailleurs on n'y goûtait de louanges que celles qu'on s'attirait par son mérite... Les rois étaient épargnés pendant leur vie; le repos public le voulait ainsi; mais ils n'étaient pas exempts du jugement. Quelques-uns ont été privés de la sépulture mais on en voit peu d'exemples (1) et au contraire la plupart des rois ont été si chéris des peuples que chacun pleurait leur mort autant que celle de son père ou de ses enfants ». Les découvertes de l'archéologie moderne sont venues confirmer les travaux de Bossuet et l'éminent égyptologue M. Champollion a découvert la preuve matérielle et irréfutable de l'existence du Tribunal des morts. M. Albert du Boys nous en a fait une description intéressante (2) : « En visitant les tombeaux des Rois d'Egypte, M. Champollion a trouvé dans la salle qui précédait celle des sarcophages, sur les parois des

(1) Goguet (*Origine des Lois*), 1re partie, liv. I, art. 4) et Rollin (*Hist. ancienne*, t. I, p. 89) disent comme Bossuet qu'il n'est arrivé qu'à quelques rois d'être privés de sépulture. Diodore de Sicile dit au contraire que plusieurs rois ont été par l'opposition du peuple, privés d'une sépulture digne et convenable.

(2) *Histoire du Droit crim. des peuples anciens*. p. 37 et 38.

murailles, des peintures qui représentaient la comparution du roi défunt devant le tribunal des quarante-deux juges divins qui devaient décider du sort de son âme. *Le Tribunal qui, sur la terre, accordait ou refusait aux rois, les honneurs de la sépulture n'était que l'emblème ou l'image de ce Tribunal Céleste.*

M. Champollion fait en particulier la description d'une de ces peintures qui se trouvent dans le tombeau de Rhamsès V, en reproduisant les inscriptions qui y sont jointes. « On y voit les figures des quarante-deux assesseurs d'Osiris et le défenseur qui plaide la cause du Roi devant ces juges sévères. Chacun de ces juges paraît chargé de faire la recherche d'un crime ou péché particulier et de le punir dans l'âme soumise à sa juridiction (1). » Et M. Comtel faisant le récit des affaires Brune et parlant de ces Tribunaux spéciaux à l'Egypte ajoute : « Cette coutume dont Bossuet parle avec admiration n'est plus de notre temps ; mais le jugement public existe toujours. Il n'y a de changé que le Tribunal ; il est tenu par l'historien et il n'est personne après sa mort qui ne soit obligé d'y comparaître et d'y répondre pour tous les actes de sa vie passée. »

§ 3. — Les Egyptiens n'ont point été les seuls à connaîle fonctionnement du Tribunal des Morts. Le peuple

(1) Ce grand texte, divisé en 42 versets ou colonnes, n'est à proprement parler qu'une confession négative comme on en peut juger par les exemples qui suivent : O Dieu ! le Roi Soleil modérateur de justice approuvé d'Ammon n'a point commis de méchancetés ! — Le fils du Soleil, Rhamsès, n'a point blasphémé ! Le Roi Soleil ne s'est point enivré ! — Le Fils du Soleil Rhamsès n'a point été paresseux ! — Le Roi Soleil, modérateur, n'a point enlevé les biens voués aux Dieux ! — Le Fils du Soleil, Rhamsès, n'a point dit de mensonges ! — Le Roi Soleil n'a point été libertin ! — Le Fils du Soleil, Rhamsès, ne s'est point souillé par des impuretés! — Le Roi Soleil n'a point secoué la tête en entendant des paroles de vérité — Le Fil du Soleil, Rhamsès, n'a pas inutilement allongé ses paroles ! — Le Roi Soleil n'a pas eu à dévorer son cœur ! (c'est-à-dire à se repentir. — *Lettres d'Egypte et de Nubie*, par Champollion, p. 243.

d'Israël, toujours d'après Bossuet, eut également à cœur de juger les actes de ses rois, afin de savoir quel jugement on devait s'en faire pour le transmettre à la potsérité. « Cette coutume de juger les Rois (1) après leur mort, parut si sainte au peuple de Dieu qu'il l'a toujours pratiquée. Nous voyons dans l'Ecriture (Paralipom. Lib. I cap. 21. nº 19 et 20 ; cap. 24 nº 25 ; cap. 28 nº 27) que les méchants Rois étaient privés de la sépulture de leurs ancêtres, et nous apprenons de Josèphe (Antiquités, liv. 13. chap. 23) que cette coutume durait encore du temps des Asmonéens. Elle faisait entendre aux Rois que si leur Majesté les met au-dessus des jugements humains pendant leur vie, ils y reviennent enfin quand la mort les a égalés aux autres hommes ».

§ 4. — Il est vraisemblable que non seulement les Egyptiens et les Juifs connurent ce Tribunal particulièrement original, mais que tous les peuples de l'Orient le mirent en pratique chez eux. Comment se fait-il alors que ni Athènes, ni Rome, héritières des civilisations disparues, ne nous aient laissé dans leur législation aucune trace d'une institution quelconque, rappelant de près ou de loin la coutume de leurs devanciers ? La question est intéressante et vaut la peine d'être examinée. Je proposerai pour la résoudre l'explication suivante : nul n'ignore aujourd'hui quelle difficulté présentait en général l'écriture chez les peuples anciens de l'Orient. Soit qu'ils employassent un langage imagé, comme les Egyptiens, soit qu'ils se servissent de caractères cunéiformes comme les Assyriens, ou de caractères plus ondulés comme les Hébreux, l'art de l'écriture ne pouvait être réservé qu'à un petit nombre d'initiés.

(1) Bossuet, *Histoire Universelle*, 3ᵉ partie, chapitre III.

Par là même, l'écriture était extrêmement peu répandue, et conséquemment la lecture devait être à la disposition exclusive des seuls citoyens très cultivés. Dans ces conditions, comment songer à écrire l'histoire, et comment rédiger une opinion définitive avec preuves et pièces à l'appui sur la vie d'un roi ou d'un simple particulier ? Le Tribunal des morts, tout au contraire, avec sa procédure exclusivement orale, devait satisfaire par sa rapidité même aux exigences de la pratique. Mais pour les mêmes raisons, le jour où les Grecs inventèrent leur alphabet et où les Romains eurent le leur, l'écriture fut vite répandue et vite comprise. La lecture se répandit du même coup, et l'Histoire allait se développer en même temps que la poésie écrite, car elle allait devenir une forme nouvelle de la littérature. Dès lors, les Tribunaux des Morts allaient devenir complètement inutiles. Pour juger la vie d'un disparu, point n'était besoin de réunir une juridiction. Un seul homme, un écrivain : l'Historien, allait pouvoir de lui-même et avec les pièces qu'on aurait soumises à des juges, éclairer ses concitoyens en faisant entendre la voix de sa conscience.

Mais en même temps qu'on allait remettre ce droit de juger à un seul homme chargé d'éclairer tous les autres, on devait prévoir, pour les réprimer, les excès et les erreurs que son opinion désormais sans contrôle et sans contrepoids, allait pouvoir commettre, et c'est ainsi que le droit de juger étant accordé à l'historien, le législateur dut le prémunir contre ses propres passions en lui imposant certaines règles, et en abordant ainsi pour la première fois le difficile problème des droits de la critique historique.

§ 5. — Nous ne savons que peu de chose de la décision que prirent les Grecs à son égard. M. Bonnier (1) nous apprend seulement qu'il était défendu à Athènes de dire quelque mal que ce soit sur une personne décédée, même quand ses enfants auraient, par des injures, provoqué la diffamation (2). Si c'était là la formule de la législation grecque, il faut convenir qu'elle laissait fort à désirer, car elle ne tranchait rien. Qu'est-ce que : « dire *du mal* sur une personne décédée » ? Où commence *le mal*, dans la révélation des faits inconnus et où finit le bien? Il est plus vraisemblable de supposer que les Grecs, avec leur clairvoyance coutumière et la finesse de leur esprit avaient trouvé plus et mieux, et que ce qui nous a été légué par le temps sur ce problème juridique ne rappelle que de loin ce qui avait été pour eux le droit positif.

§ 6. — A Rome (3) la question fut traitée avec plus d'ampleur. L'esprit juridique des Romains devait la saisir dans son entier et lui donner une solution d'autant plus robuste que le respect des morts fut de tout temps chez eux une idée nationale et religieuse et que la religion était intimement liée à la constitution de la famille et de la république (4). Le premier vestige de ce respect accordé au cadavre se trouve dans la division des choses. Les « *Res divini juris* » comprennent à la fois les *Res Sacræ*, les *Res Religiosæ*, les *Res Sanctæ*. Les *Res Religiosæ*, nous dit Gaïus, sont celles « *quæ manibus relictæ sunt* ».

(1) De la diffamation envers les morts.

(2) Loi de Solon, rapportée par Plutarque. Voir également : *Meursius In Solone*. Ch. 17. — *Idem*. Démosthène (In Leptinem).

(3) Tattarano. De la diffamation verbale et écrite dans l'ancien droit romain. *Journal des Parquets* 96, 1re partie., p. 112.

(4) De Juvenel ; *op. cit.*

On ne faisait pas même d'exception en ce qui touche l'esclave. Chose durant sa vie, il devenait homme à sa mort et l'égalité se rétablissait pour lui dans le tombeau. Seule la tombe de l'ennemi restait profane ; on pouvait inpunément la démolir et s'en approprier les matériaux. (L. 4. Dig. *De Sepulcro violato*).

Il est bien évident qu'un pareil respect ne devait pas s'appliquer seulement aux tombeaux. L'héritier devait défendre la mémoire du défunt. De là, les précautions prises par la Loi pour empêcher de mourir intestat. De là, l'action donnée aux héritiers pour poursuivre les outrages faits à la mémoire de leur auteur. La formule juridique nous est donnée par la loi 1 § 4 et 6 au Digeste. *De injuriis et fam. libellis*. L. 47. Tit. 10. « *Etsi forte cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes bonorumve possessores existimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem spectat enim ad existimationem nostram si qua ei fiat injuria. Idemque etsi fama ejus cui heredes existimus laeessatur.* » Et le paragraphe 6 s'exprime ainsi : « *Quotiens autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria : Si quidem post aditam héreditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam : semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare ; quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati et sic heredi per hereditatem adquiri* ».

Ces textes exigent quelques commentaires. D'une façon générale l'injure faite au cadavre ou à la mémoire du défunt donnait naissance à l'actio injuriarum chez l'héritier (paragraphe 4). Cela n'est point contesté. Mais il s'est élevé chez les auteurs une controverse au sujet d'un dédoublement possible de cette action. Pour les uns, il y aurait eu en réalité deux actions. L'une aurait été don-

née à l'héritier ou au bonorum possessor pour insulte faite au cadavre lui-même. Ce serait celle visée au début du paragraphe 4. En effet, dit La Loi, quand une injure est faite au cadavre, l'*existimatio* de l'héritier s'en trouve atteinte. Pour Cujas, il faudrait rechercher l'origine de cette action dans l'acharnement des créanciers qui n'ayant pas été payés par le défunt s'emparaient de son cadavre et exerçaient sur lui la procédure de la *manus injectio*, comme ils l'eussent fait de tout gage garantissant leur créance. Pothier a, non seulement, confirmé cette opinion de Cujas, mais nous a fait connaître les étrangetés de cette procédure intentée au cadavre.

L'autre action n'aurait plus été accordée qu'à l'héritier seul et après son adition d'hérédité. Il en aurait eu l'exercice soit que l'injure ait été faite après cette adition, soit au contraire qu'elle ait été faite avant par suite d'une transmission qu'opérait l'adition d'hérédité elle-même. Elle n'était accordée que pour insulte faite *à la mémoire* du défunt (1).

Nous ne saurions souscrire à cette opinion. Pour nous les textes que nous avons cités à dessein ne prévoient ni des hypothèses différentes, ni des actions distinctes. Si l'on se reporte aux termes mêmes du Digeste, on voit qu'il n'y est parlé que d'une injure qui tantôt sera faite au cadavre du défunt et tantôt à sa mémoire. Pour les jurisconsultes romains le cadavre d'un parent est notre chose au même titre que sa renommée. Tout cela fait partie de notre patrimoine et comme l'adition d'hérédité nous a substitués au défunt, nous sommes atteints par l'insulte

(1) Dans ce sens ; Fabreguettes : *Infraction de la parole, de l'écriture et de la Presse.* T. 2, p. 1 et 2 qui invoque même à l'appui de son opinion la maxime : « Le mort saisit le vif ». Heurteau, Grellet-Dumazeau, Morin, *Journ. de droit Criminel.*

qu'on lui adresse et nous devons venger son « existimatio ». C'est bien là l'opinion d'Ulpien et lorsqu'il donne à l'héritier l'*actio injuriarum* aussi bien lorsque l'injure a été faite au défunt, matériellement et à son cadavre, que lorsqu'elle est morale et s'adresse à sa mémoire, il estime que dans les deux cas l'héritier a été personnellement atteint.

Mais à côté de cette *actio injuriarum* privée qui était bien pénale au sens romain du mot puisqu'elle aboutissait à une réparation pécuniaire, mais qui n'est pour le Droit français, et pour la même raison qu'une action civile, il y eut une action criminelle en vertu de la loi Cornelia, d'abord contre les injures d'une gravité spéciale et taxativement déterminée par la loi puis contre les libelles et enfin contre toute espèce d'injure. Toutefois il est essentiel de bien spécifier ce que cette loi entendait par injure et pour cela il est indispensable de la rapprocher du Droit Français. Notre législation actuelle, en effet, punit la diffamation, comme l'injure ou la calomnie. Or, la diffamation consiste à tenir contre une personne des propos *vrais* ou faux qui portent atteinte à son honneur, et à sa considération. Ce n'était pas là l'*injuria* romaine car le *récit véridique* de faits *même déshonorants* pour un défunt n'était point une faute (1). Ce que l'on châtiait à Rome, ce n'était que la calomnie c'est-à-dire l'accusation sans preuve, ou l'injure au sens français du mot, c'est-à-dire l'épithète grossière ou ordurière. L'historien se trouvait donc dans la meilleure des situations, puisqu'il pouvait tout dire à condition de tout prouver et que sa

(1) *Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum ob eam rem condemnari, peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.* — Paul. L. 18 princip. Dig. hoc titulo.

seule ambition était en apportant ses preuves, d'éclairer la conscience de ses concitoyens. Cicéron pouvait donc dire à bon droit : « *Primam esse historiae legem ne quid falsi dicere audeat, deinde ne quid veri non audeat.* »

En résumé, l'héritier en droit romain avait le choix entre deux actions, l'*actio injuriarum* civile et privée et l'action criminelle. Dans le premier cas, il réclamait la réparation pécuniaire du préjudice qu'on avait fait subir à son patrimoine en calomniant le défunt ; dans le second, il demandait un châtiment contre un individu qui avait transgressé les lois de l'honneur en lançant des accusations qu'il ne pouvait prouver. C'était là, on l'avouera, un système très judicieux, car il assurait en même temps que la liberté de l'histoire, la protection de l'honneur. Là encore, les Romains avaient du premier coup formulé « la raison écrite » et il est regrettable que de tous les peuples modernes, seuls les Anglais aient cru devoir leur emprunter sur ce point spécial leur législation (1).

§ 7. — L'étude de l'ancien droit français ne nous fait connaître que peu de dispositions au sujet de la protection de la mémoire des morts. Les Barbares, en fauchant la civilisation romaine, avaient pris à cœur d'en détruire tous les monuments juridiques et la brutalité de leurs mœurs, en même temps que leur absence de culture intel-

(1) Signalons toutefois pour être complet une évolution qui se fit sentir avec la décadence.

Un édit de Valentinien et de Valens punissait très sévèrement tous les auteurs d'ouvrages dirigés contre la mémoire des personnages publics et même ceux qui ayant trouvé un libelle outrageant ne l'auraient pas détruit.

C'était une arme pour le despotisme contre la liberté de l'historien. Morin. *Op. cit.*

lectuelle, les avaient empêchés de songer à toute répression de la diffamation (1).

C'est ce qui nous explique qu'il faut attendre le V[e] siècle pour voir apparaître une première tentative de ce genre. C'est à l'Irlande qu'on la doit. « Toute atteinte à l'honneur, toute diffamation, toute satire, de même que tout ce qui peut faire rougir un homme, sera châtié à l'égal du vol et de l'assassinat *et l'offense s'aggravera quand l'insulte s'appliquera aux morts.*» (2).

En France il faut atteindre le XIV[e] siècle pour trouver une disposition réglementant la diffamation, mais encore cette réglementation ne protège-t-elle que les vivants. En effet, un édit de Charles IX vient en janvier 1561 défendre dans son article 13, avec sanction pénale, la publication et la vente de tous libelles diffamatoires contre l'honneur et la renommée des personnes. L'article 77 de l'Ordonnance de Moulins reproduisait cette disposition. Le motif en était que : « Dans tout état bien policé il n'est nullement permis aux citoyens de se diffamer les uns les autres, la tranquillité publique exigeant qu'ils se respectent entre eux ». Or les anciens commentateurs et arrêtistes n'ont émis ou constaté aucune opinion ou solution qui étendit aux morts la protection ainsi accordée aux personnes (3).

L'arrêt du Conseil en date de 1743 n'est pas plus explicite à l'égard de la mémoire des morts. « Ceux qui imprimeront, vendront, dit son article 99, des livres ou libelles contre la religion, la pureté des mœurs, l'hon-

(1) La loi Salique non plus que la loi Lombarde (les seules parmi les lois barbares qui se soient occupées de réprimer l'injure) ne s'occupent de notre question.

(2) *Revue des Deux Mondes*, LX. 387.

(3) Morin, *Op.cit.*

neur et la réputation des familles et des particuliers, seront punis suivant la rigueur des ordonnances », On le voit, rien ne réprimait particulièrement l'outrage fait à une personne décédée.

Que faut-il conclure de ce silence ? Pouvait-on diffamer impunément celui qui n'était plus et la protection de la loi s'arrêtait-elle avec la vie ? Non, peut-on répondre hardiment, et si les textes de l'ancien droit ne contiennent pas de disposition spéciale sur le point particulier que nous étudions c'est que le droit en vigueur n'était autre que celui-là même qu'avaient forgé les Romains. Il eût été en effet bien extraordinaire de voir la mémoire des morts livrée sans protection aux écrivains à une époque où la mort n'était point considérée comme le terme de toute action pénale et où l'on pratiquait des procédures criminelles envers des cadavres et par conséquent envers la mémoire des défunts (1).

La solution de la loi romaine était certaine et son application s'imposait aux tribunaux : Une action était au cas d'injure faite au défunt, accordée à l'héritier en son nom propre. Cette action qui était civile tendait à l'obtention de dommages-intérêts en raison du dommage qui était personnellement causé à un ayant-cause par l'insulte faite à son auteur. Pas plus ici qu'en droit romain, nous ne trouvons d'idée de fiction. Il y a eu

(1) Potbier, en pareil cas prescrivait de préserver le cadavre en le salant ou en l'embaumant (*Œuvres posthumes de la Procédure Criminelle*. Section 6, art. 2, § 3. Serpillon rapporte (*Code crim.* p. 972) un arrêt de Paris du 31 janvier 1749 confirmant une sentenee du baillage de Chaumont en Bassigny qui pour homicide volontaire avait condamné la mémoire de Hubert-Fortier et ordonné que son cadavre serait traîné sur la claie. Lorsque le cadavre n'avait pu être conservé, on faisait une figure d'homme ou de femme qui représentait le défunt et sur laquelle on exécutait le jugement, de même que sur le cadavre. Berriat Saint-Prix, *Gaz. des Tribunaux*, 6 octobre 1859).

atteinte portée aux héritiers eux-mêmes indirectement et cette atteinte préjudiciable à leurs intérêts, exige une réparation.

La lecture des anciens auteurs confirme abondamment ce que nous avançons. C'est d'abord Domat qui s'exprime ainsi (1) : « Si l'insulte est faite au cadavre, à la mémoire ou à la sépulture du défunt, l'héritier est en droit d'en demander la réparation parce que c'est en quelque manière l'attaquer lui-même que d'insulter à la mémoire de celui à qui il a succédé et qu'il représente ».

Ferrières est non moins affirmatif (2) : « Les héritiers d'une personne contre laquelle on aurait vomi des injures après sa mort en pourraient aussi poursuivre la réparation comme il a été jugé par arrêt du 15 mars 1598.... La raison est que l'honneur du mort rejaillit sur ceux qui le représentent, c'est un bien héréditaire qui donne du relief à une famille (3) ». Muyart de Vouglans vient appuyer de son autorité cette opinion (4) : « Une quatrième singularité c'est qu'elle (l'action d'injure) ne passe point à l'héritier ni contre l'héritier, à moins toutefois que l'injure ne touche à l'honneur de la famille de celui qui a

(1) *Droit public*, livre III, titre 11, n° 7.

(2) *Dictionnaire de Droit et de Pratique*. t. II, V° injures, p. 30. Ed. de 1779.

(3) Cet arrêt de 1598 se trouve rapporté par Bourot. *Nouveau recueil des arrêts de Bourgoyne*, t. II, V° injures, question 39, Ed. Genève, 1628, p. 578 : « Si l'on peut injurier une personne morte et si les héritiers en peuvent demander réparation? A été répondu que oui par arrêt du 16 mai 1598 (c'est à tort que Ferrières le date du 15 mars) au profit de Parise Procureur contre un qui aurait dit que le défunt son parent était un faussaire, disait qu'il avait intérêt pour la conservation de la famille en laquelle il avait pris alliance et fut dit nonobstant la déclaration faite par l'injuriant qu'il tenait le défunt pour homme de bien, que son procès lui serait fait et parfait. Ainsi l'on peut prendre une personne en action d'injure faite à un défunt, l'injure regardant la famille. »

(4) *Lois criminelles*, p. 350.

été injurié ». Et il ajoute (1) : « Les héritiers peuvent sans contredit poursuivre l'injure qui a été faite au défunt soit de son vivant soit même après sa mort en insultant à son cadavre ou à sa mémoire ». C'est donc bien à l'héritier personnellement, *proprio nomine*, que l'action est accordée. C'est lui qui se trouve lésé dans sa propre *existimatio* et Voët en conclut que le droit de poursuite doit également appartenir aux enfants du diffamé même au cas où ils ont renoncé à la succession paternelle car, dit-il : « *Quatenus non modica filii ignominia est, si parentem aut servum aut indignum aut sceleratum habeat* (2) ».

Pour résumer la règle de notre ancienne jurisprudence, nous ne saurions mieux faire que de reproduire ce passage de la « *Praxis criminalis* » du XVI[e] siècle ; « *Injuria non censetur facta defuncto quia postquam qui est mortuus non potest plus aliquo modo offendi sed bene dicitur facta heredibus qui propterea proprio nomine habent injuriarum actionem* ». Notons en terminant ce sujet que ce serait une erreur que de prendre le mot « *injuria* » reproduit par les auteurs comme l'équivalent de notre mot français « *injure* ». *Injuria* signifiait au moyen âge toute attaque dirigée contre une personne et même toute attaque matérielle. Patin, en effet, parle dans un de ses plaidoyers de l'obligation pour la veuve et pour les héritiers de venger juridiquement l'*injure* faite au mari et dans l'espèce où il occupait, cette injure n'était rien moins qu'un meurtre (3). Les distinctions si délicates de la diffamation de l'injure et de la calomnie n'existaient donc pas à cette

(1) *Int. au Dr. Crim.*, p. 2.
(2) *Titre De Injuriis*, n° 5.
(3) *Barreau français*, 1[re] série, t. I.

époque et l'on assimilait alors en droit toutes les attaques contre les personnes.

Il était nécessaire de l'indiquer tout en faisant observer que cette généralisation ne pouvait porter atteinte à à la rigueur des principes en ce qui concerne la diffamation envers les morts.

§ 8. — Si l'ancien régime avait pu se contenter de la législation romaine et s'il n'avait point été amené à s'occuper plus souvent de ces graves questions que sont la liberté de l'histoire et le respect dû à la mémoire des morts, c'est, on l'a compris déjà, que les manifestations de la pensée y étaient extrêmement rares. Jusqu'à l'invention de l'imprimerie les productions de l'histoire étaient restées sensiblement les mêmes que dans les civilisations grecques et latines et il est aisé de comprendre que la législation qui avait permis de se produire aux unes devait être suffisante pour les autres.

Du jour où le livre allait être créé et où la production d'un auteur allait être multipliée par le pouvoir de la presse, une réglementation plus soucieuse des droits de chacun devenait nécessaire : un droit nouveau allait se créer et pour la première fois, on allait aborder résolument l'étude de la diffamation envers les vivants comme envers les morts.

§ 9. — Malheureusement l'état des esprits ne permit pas à la Royauté de résoudre par la raison et le bon sens ce problème juridique et elle préféra adopter à l'égard de la puissance nouvelle qui venait de se lever des mesures coercitives qui, en supprimant toute discussion, laissaient la question toute entière. Le 3 janvier 1534 François Ier

supprimait l'imprimerie dans tout le royaume menaçant de la pendaison tout imprimeur réfractaire à cet édit et lorsqu'il fut obligé devant la résistance du Parlement de revenir sur cette décision brutale, il confia le métier d'imprimeur à douze personnes de son choix qui ne pouvaient publier que les ouvrages approuvés par lui.

Un édit de Charles IX de 1563 défendit d'imprimer aucun livre sans l'approbation et privilège du roi. Confirmé et renouvelé, cet édit demeura en vigueur jusqu'en 1789. Dans de pareilles conditions, on comprend aisément que les procès en diffamation aient été extrêmement rares. Le Roi n'accordait l'autorisation d'imprimer qu'aux livres de son choix puisque la Presse était soumise à son bon plaisir. Un livre publié dans de telles conditions eût-il diffamé quelque personne vivante ou morte ? Bien téméraire eût été le plaideur qui serait venu s'en plaindre et qui eût demandé aux Tribunaux de blâmer par une condamnation l'approbatur royal.

§ 10. — La Révolution Française allait ouvrir pour la Presse une ère nouvelle et jeter les fondements impérissables de sa liberté. Le 24 août 1789, l'Assemblée Nationale décrétait « que tout citoyen peut parler, écrire, imprimer, librement » et du même jour allaient se poser en législation, l'étude des conséquences de cette liberté. Du premier coup, elle ne put atteindre un résultat définitif.

§ 11. — Les dispositions sommaires du Code Pénal de 1791 (art. 47 et 48) ainsi que celles des décrets du 6 Floréal an II, de la loi du 22 juillet 1791 et du code de Brumaire an IV, parurent insuffisantes et durent être remplacées par une étude plus approfondie de la ques-

tion. Ce fut l'œuvre du Code Pénal de 1810. Le système en était complexe et rappelait les tatonnements des dispositions précédentes. On n'y parlait pas encore du délit de diffamation et on n'y prévoyait que l'outrage, l'injure, et la calomnie.

L'outrage était toute attaque dirigée contre une personne revêtue d'un caractère public (art. 222), l'injure était toute expression outrageante punie plus ou moins sévèrement selon qu'elle contenait ou non l'imputation d'un vice déterminé et selon qu'elle était publique ou non (art. 375) ; quand à la calomnie, elle était définie : toute imputation de faits qui, s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés à des poursuites criminelles ou correctionnelles ou même seulement au mépris et à la haine des citoyens (art. 367-368) et l'article 370, ajoutait : « Lorsque le fait sera *légalement prouvé* vrai, l'auteur de l'imputation sera à l'abri de toute peine ; ne sera considéré comme *preuve légale* que celle qui résultera d'un jugement ou de tout autre acte authentique ».

On le voit le Code ne prévoyait pas la diffamation telle que nous la comprenons aujourd'hui et il ne s'occupait nulle part de la mémoire des morts et des atteintes qu'on pouvait y porter. C'étaient là de sérieux inconvénients qui auraient certainement eu des conséquences graves pour la pratique si le Code avait dû, sur ce point spécial, rester longtemps en vigueur.

La preuve nous en est fournie par un exemple tiré de la jurisprudence belge. En Belgique, le Code de 1810 fut appliqué plus longtemps que chez nous dans les dispositions qui nous occupent. La question de la diffamation envers les morts vint à s'y poser et une espèce fut sou-

mise aux tribunaux belges (1). Voici les attendus par lesquels la Cour de Bruxelles motivait l'arrêt qu'elle rendait le 16 février 1827 : « Attendu qu'aucun fait ne peut tomber sous l'application du Code que s'il est prévu, que les tribunaux n'ont qu'à appliquer strictement les lois ; attendu que la loi n'accorde aucune action du chef d'outrage ou de calomnie contre la mémoire d'un mort, etc... »

Et la Cour de Paris devait dans une affaire célèbre (2), faire allusion à nouveau au silence du Code pénal au sujet de la diffamation envers les morts : « Considérant, disait-elle, que, avant 1819, il est incontesté que les imputations à une personne décédée n'étaient l'objet d'aucune disposition répressive... que... etc. ».

C'est donc là un point qui ne saurait être contesté. Le Code pénal de 1810 n'avait pas prévu la diffamation envers les morts.

§ 12. — Mais le Code devait être le dernier effort infructueux du législateur en vue d'assurer la répression nécessaire des délits de presse. Avec la Restauration allait être fondé un droit nouveau qui en définissant la diffamation et en la précisant allait nettement délimiter les droits et les devoirs de l'écrivain. Louis XVIII avait, en effet, garanti dans l'article 8 de la Charte le droit pour tous les Français de publier et de faire imprimer leurs opinions. Le ministère libéral de 1819 se mit en mesure d'exécuter cette promesse et le garde des sceaux proposa donc d'abroger les dispositions du Code pénal sur la calomnie

(1) Affaire veuve et enfants M... contre le *Courrier de Flandre (Journ. du Palais* à sa date). Dalloz, v. Inst. crim. n° 104, 3°.
(2) 19 mars 1860. Paris, aff. Dupanloup.

et de rattacher la diffamation à une loi générale comprenant les faits délictueux qui pourraient se commettre par un mode de publication quelconque. Cette proposition devait être la loi du 17 mai 1819.

Le système du Code pénal était, en effet, condamné. Il n'avait rien prévu au sujet des droits de l'histoire et en ne punissant que la calomnie il rendait impossible la condamnation de ceux qui avaient révélés des faits constatés par des actes authentiques. La vie privée des citoyens se trouvait donc à la merci de toutes les attaques et tous les scandales et tous les chantages étaient possibles avec un tel système.

La loi du 17 mai 1819 allait donc marquer un progrès incontestable dans la législation de la presse. A vrai dire, les principes qu'elle a posé sont encore ceux de notre droit et s'il est intervenu au cours du XIXe siècle bien des lois qui ont pu la modifier (1), le législateur moderne n'en a pas moins repris les grandes lignes. Nous verrons, en effet, que la loi du 29 juillet 1881 a été sur plus d'un point la reproduction de celle du 17 mai 1819.

Notre tâche se trouve donc maintenant nettement indiquée.

Nous plaçant au point de vue des droits de la critique historique, nous allons nous demander quelle était l'éten-

(1) Voici le tableau complet des différentes évolutions législatives survenues entre la loi de 1819 et celle de 1881.

Loi du 17 mai 1819 et du 26 mai 1819 ; ces lois définissent la diffamation et interdisent la preuve des faits diffamatoires sauf quand il s'agit de fonctionnaires publics. La preuve s'administre alors en Cour d'assises. — Loi du 26 mars 1822 qui interdit la preuve dans tous les cas. — Loi du 8 octobre 1830 qui autorise à nouveau la preuve à l'égard des fonctionnaires. — Décret du 17 février 1852 qui prohibe la preuve dans tous les cas. — Loi du 15 avril 1871 qui autorise la preuve à l'égard des fonctionnaires. — Loi du 29 décembre 1875 qui maintient la preuve des faits diffamatoires à l'égard des fonctionnaires mais en remet la connaissance au Tribunal correctionnel.

due que leur avait donnée la loi de 1819 et celle que leur assure la loi actuelle de 1881 et nous examinerons si les dispositions de ces deux lois ont été et sont suffisantes pour protéger les immunités de l'histoire.

CHAPITRE III

LA SOLUTION DONNÉE PAR LA LOI DE 1819

§ 1. — Les délits que prévoyait la loi du 17 mai 1819 étaient, outre les offenses publiques envers les membres de la famille royale, les Chambres, les souverains et les chefs des gouvernements étrangers, la diffamation l'injure et l'outrage. Pour la première fois cette division tripartite apparaissait dans la classification des délits commis par la parole ou par la plume.

L'article 13 définissait l'injure : « Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». L'injure était punie par les articles 19 et 20 de la loi et elle était qualifiée délit. Toutefois, lorsqu'elle ne renfermait aucune imputation de vice déterminé ou lorsqu'elle n'était pas publique, elle n'était qualifiée que simple contravention, et comme telle, elle n'était soumise qu'à l'application de l'article 471 n° 11 du Code pénal. Elle ressortissait alors au Tribunal de simple police tandis qu'au cas où elle constituait un délit elle était de la compétence du Tribunal de police correctionnelle.

La diffamation était définie : « L'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la

considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». Quatre éléments étaient donc essentiels à l'existence juridique de ce délit : 1° une imputation ou une allégation d'un fait ; 2° un fait capable de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de celui auquel il est imputé ; 3° la publicité ; 4° l'intention de nuire chez le diffamateur.

Il est à noter qu'aucune distinction n'était établie entre l'allégation d'un fait vrai ou faux. C'est en effet, ce qui différenciait la diffamation de la calomnie. Enfin l'outrage différait de la diffamation et de l'injure en ce que ces modes d'attaque pouvaient indifféremment s'appliquer à des particuliers ou à des fonctionnaires publics, tandis que l'outrage ne pouvait être adressé qu'aux fonctionnaires publics.

Nous n'avons pas, bien entendu, dans le cadre restreint de notre étude, à déterminer d'une façon plus précise les caractères distinctifs de chacun de ces délits ainsi que les pénalités qui y étaient afférentes puisque nous ne nous sommes pas proposés de faire une théorie générale sur la diffamation. Si nous avons tenu à indiquer les divers délits que prévoyait la loi de 1819 c'est que l'objet de notre étude embrasse aussi bien les uns que les autres.

Traçons donc exactement les limites de nos recherches et examinons la loi de 1819 au seul point de vue qui nous intéresse.

§ 2. — Une première observation s'impose. Il ne s'agit pas de rechercher si une personne ayant été diffamée *de son vivant* et étant morte sans avoir intenté de poursuites, ses héritiers pourront introduire devant une juridiction quelconque, civile ou répressive, une action en raison

de la diffamation dont leur parent a été l'objet. La réponse est évidente et doit être négative. La loi a sagement laissé le soin de mettre en œuvre l'action publique à la partie lésée et si celle-ci préfère le silence à des débats judiciaires parfois scandaleux et toujours périlleux, elle a incontestablement le droit de n'opposer à l'insulte que le dédain. Mais ce droit est absolument personnel et ne saurait passer aux héritiers. Si l'individu diffamé est mort sans avoir pris parti, ce n'est pas aux héritiers de prendre parti à sa place. N'est-il pas équitable, en effet, de penser que si le défunt a redouté pour lui-même le grand jour de l'audience de son vivant, il l'a redouté également pour sa mémoire, après sa mort ?

Son silence est donc un choix et son abstention implique une décision qu'il convient à ses héritiers de respecter.

§ 3. — Mais l'hypothèse qui nous intéresse est tout autre. Voici une personne qui se trouve diffamée après sa mort. C'est un historien qui prétend la juger impartialement et qui a, dans son œuvre de justice, prononcé des paroles sévères voire même violentes à son égard. Les héritiers se décident à poursuivre l'historien. Dans quelles conditions le pourront-ils ?

Incontestablement, ils auront accès devant les Tribunaux Civils pour demander par applicatien de l'article 1382 du Code Civil, la réparation du préjudice dont ils prétendent avoir souffert. Et il en sera ainsi que l'auteur de la diffamation ait attaqué à la fois le défunt et ses descendants ou le défunt tout seul sans avoir eu la moindre intention de blesser ses ayant-cause. Mais comment l'héritier pourra-t-il soutenir alors qu'il n'a même pas été nommé

par l'historien qu'il assigne, qu'il a souffert d'un préjudice dont celui-ci lui doit réparation? C'est en vertu du principe que nous connaissons déjà en vertu duquel la mémoire du défunt fait partie du patrimoine de la famille. C'est cette partie du patrimoine qui a été dépréciée par la diffamation visée et pour laquelle on lui doit réparation absolument et au même titre que si quelque objet de la succession qu'il a recueillie avait souffert des violences d'un étranger. L'application de l'art. 1382 est en effet aussi large que possible car ses termes ne comportent aucune restriction. L'héritier peut agir devant les Tribunaux Civils en raison du meurtre moral « qu'est la diffamation pour son auteur absolument comme il aurait pu se porter partie civile devant les Tribunaux criminels au cas ou celui-ci aurait été victime d'un meurtre matériel ».

C'est bien là ce que faisait ressortir M. le procureur général Dupin dans les savantes conclusions qu'il donnait devant la Cour de cassation en 1833, dans une affaire qui mettait en jeu la question même qui nous occupe (Dalloz, 1833, I. 241). Il disait : « L'erreur capitale dans toute cette affaire, c'est de croire qu'il n'y ait qu'un préjudice matériel et d'argent qui puisse donner lieu à une action en dommages-intérêts. Citons pour exemple des cas plus graves, les cas d'assassinat ou de meurtre par accident. Ne voit-on pas des dommages-intérêts demandés par le fils pour la mort de son père, par le père pour celle de son fils; par la femme pour celle de son mari ou de son enfant? On dira peut-être qu'ici il y a encore un intérêt matériel, que le père était le soutien de sa famille, que le fils nourrissait son père et sa mère; mais si le cas est renversé, si le meurtre est tombé sur un enfant, sur un vieillard qu'il fallait nourrir, que sa

faiblesse et ses infirmités rendaient à charge sous le rapport des intérêts pécuniaires, il faudra donc déclarer la mère ou le fils non recevables? on pourra donc, en poussant le raisonnement dans ses conséquences, aller jusqu'à leur dire que, loin de leur nuire, on leur a rendu service ! Evidemment, c'est ici méconnaître la morale du droit que de mettre l'argent à la place des affections, à la place de l'honneur. Celui qui agit en pareille matière, selon la belle expression de la loi romaine, plaide la cause de la douleur « *causam agit doloris...* »

Mais il importe ici de placer une observation importante : en rédigeant son assignation, l'héritier fera sagement de ne pas perdre de vue l'objet précis de sa demande. En n'agissant qu'en vertu de l'article 1382, il réclame la réparation d'un préjudice et pas autre chose. Il serait donc mal venu par la suite à réclamer une rectification de l'erreur qu'a pu commettre l'historien dont il se plaint. Une fantaisie de ce genre le ferait échouer à coup sûr dans la poursuite qu'il intente. Il est également très important pour l'héritier de ne pas baser sa demande *civile* exclusivement sur une *diffamation* qu'il alléguerait et dont il réclamerait réparation. Il serait alors obligé de prouver qu'il y a eu en fait diffamation, et il risquerait de ne pouvoir faire cette preuve, alors même qu'il aurait souffert d'un préjudice certain. La jurisprudence nous fournit un exemple bien typique des conséquences d'une telle erreur.

§ 4. — Le comte de Kergolay se plaignit de ce qu'un ouvrage de M. Crétineau-Joly, intitulé: « l'Histoire de la Vendée militaire », contenait des imputations fausses à son égard. Il voulut actionner l'historien devant les tri-

bunaux civils pour obtenir d'eux une rectification du passage de l'ouvrage qu'il jugeait blessant pour lui ; mais dans son assignation, il réclama réparation de la *diffamation* dont il avait souffert. Après une décision du Tribunal de la Seine du 15 juillet 1843, déclarant qu'il n'y avait lieu à statuer, la demande se rattachant à des faits et à un ordre de choses contraires aux lois du royaume et à l'ordre établi, la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 27 avril 1844, jugea qu'en fait il n'y avait pas eu diffamation caractérisée, et débouta le comte de Kergolay de sa demande. Le comte se pourvut en cassation, alléguant que des inexactitudes imprimées devaient être rectifiées, et qu'il ne devait pas être permis de mentir impunément. La Cour de cassation (Ch. Req.) rejeta le pourvoi, attendu que la Cour de Paris avait bien jugé « en déclarant que l'action en dommages-intérêts par suite de diffamation et l'action en rectification étaient deux actions bien différentes, et que les tribunaux ne pouvaient faire triompher l'une quand les plaideurs avaient fait choix de l'autre. » (*J. du Droit criminel*, art. 3729).

§ 5. — Une autre condition n'était pas moins nécessaire pour la réussite de l'action que l'héritier intentait en vertu de l'article 1382 du Code civil.

Il fallait qu'il *prouve* la *faute* de celui qu'il attaquait : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause préjudice à autrui, dit en effet cet article, oblige celui par *la faute* duquel il est arrivé à le réparer ».

Or, cette preuve ne laissait pas que d'être délicate, car de deux choses l'une ; ou la personne citée en justice, l'historien, n'avait fait que dire la vérité et alors on se

demandait à juste titre : où était la faute et de quel droit l'article 1382 s'appliquerait-t-il ? ou bien — et, c'était la deuxième éventualité, — l'historien avait outrepassé ses droits ; il avait affirmé des faits inexacts, soit qu'il le sût, soit qu'il ait négligé de le rechercher, et dans ce cas, ayant incontestablement commis une faute, il devait réparer le préjudice qu'il avait ainsi causé à l'héritier. Il serait en effet trop facile à celui qui se prétend historien d'invoquer pour sa défense, que dans l'opinion générale les faits qu'il a racontés étaient admis pour vrai et qu'ils n'a fait qu'imprimer ce qui se disait communément. Une telle excuse ne saurait être admise, car elle porterait une atteinte terrible à l'histoire en dénaturant son caractère et son but, qui est avant tout de rechercher en toute sérénité et en toute impartialité la Vérité, alors même — alors surtout — qu'elle est inconnue de la foule.

En résumé, tout le succès du procès devait dépendre en pareil cas, de la preuve de la faute qui était à la charge de l'héritier qui prétendait qu'on avait outragé la mémoire de son parent.

La jurisprudence se montrait dans la pratique fort difficile sur l'administration de celte preuve et elle déboutait les plaideurs de leurs demandes toutes les fois qu'elle ne voyait pas chez l'historien assigné une faute aussi légère que possible.

§ 6. — C'est ainsi qu'en 1848 se termina le procès qui fut intenté par l'un des descendants du Marquis d'Espinay-Saint-Luc à Alexandre Dumas père. Le célèbre romancier avait dans « La Dame de Monsoreau » déversé le mépris sur l'un des ancêtres du marquis. Celui-ci avait crû devoir l'assigner devant la justice, en réparation

civile en vertu de l'article 1382 du Code. La Cour de Paris rendit à la date du 18 janvier 1848 un arrêt dont il est intéressant de relever les attendus car ils ne vont point sans soulever quelques critiques.

« Attendu qu'il est constant en fait que le Roman intitulé « La Dame de Monsoreau » n'a pas été publié *dans le but de nuire par des attaques indirectes au Marquis d'Espinay-Saint-Luc*, qu'à supposer que l'auteur se soit enquis du sort de la famille d'Espinay-Saint-Luc.......... il a pu croire que sa descendance masculine était éteinte ; qu'il faut donc écarter toute présomption d'insulte ou de diffamation envers le demandeur ; que F. d'Espinay est un personnage public, qui depuis 250 ans, est tombé dans le domaine de l'histoire ; que par conséquent il a dû subir des appréciations diverses de la part soit de l'historien sérieux, soit des auteurs de romans dits historiques.

« Attendu que pour ce qui est de l'impartialité, des convenances, les écrivains tant qu'ils ne commettent pas d'infractions qualifiées par la loi pénale ne relèvent que de la critique littéraire et de l'opinion......

Déboute......, etc.... »

Nous avons dit que « ces attendus » n'étaient point à l'abri de toute critique. Et en effet, ils étaient beaucoup trop longs et s'appuyaient sur trop d'arguments. « Attendu que le roman n'a pas été publié dans le but de nuire, etc... » Voilà qui aurait dû suffire aux magistrats pour motiver leur arrêt. Que viennent donc faire ensuite ces affirmations que, pour ce qui est de l'impartialité, les écrivains ne répondent que de l'opinion publique quand il n'y a pas infraction à la loi pénale? Qu'est-ce que ce tribunal de l'opinion publique qui seul sera compétent pour se saisir des incartades de plume, alors qu'il y manquera un des

éléments constitutifs du délit ? La Cour de Paris a émis là une théorie singulièrement dangereuse dans la pratique et bien peu conforme aux règles juridiques. Ne savons-nous pas, en effet, que le refus de juger constitue de la part des magistrats un acte qui tombe sous le coup de la loi pénale (1), et ne sommes-nous pas en droit de nous étonner de voir des juges — auxquels il est défendu de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire — de décider qu'ils n'ont rien à connaître des « convenances de l'écrivain, » tant que ceux-ci ne commettent point d'infractions qualifiées par la loi pénale ?

La vérité est que, devant les Tribunaux civils, tout le monde est responsable de sa faute ; tout le monde peut être tenu de la réparer ; l'opinion publique est un tribunal dont les arrêts sont trop variables et parfois trop injustes pour qu'on puisse leur accorder une autorité quelconque, et l'absence de sanction qui les caractérise leur enlève toute efficacité pratique.

§ 7. — Par contre, la Cour de Paris eût pu admettre une distinction nécessaire entre le romancier et l'historien et faire remarquer dans ses attendus que le souci de la vérité ne s'impose point à l'un avec la même force qu'à l'autre. Le roman, — même historique — ne suppose-t-il pas en effet un heureux mélange de fiction et de réalité ? L'imagination y collabore pour une grande part, et pourvu que le romancier ne cherche point à faire œuvre de satyrique ou de pamphlétaire, les tribunaux doivent se montrer très indulgents pour lui.

§ 8. — C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence

(1) Article 4 du Code civil, articles 185, 471, n° 15 du Code pénal.

s'est formée plus tard. En effet, le tribunal de la Seine à la date du 2 août 1877, repoussa la demande formée par les héritiers Villiers de l'Isle-Adam contre un auteur dramatique. M. Tresse, sous prétexte que le rôle que l'auteur avait fait jouer au maréchal de l'Isle-Adam dans l'une de ses pièces, était en contradiction avec le caractère qu'en avaient tracé les chroniqueurs du xv[e] siècle.

Le Tribunal, outre qu'il jugea qu'on pouvait, d'après certains témoignages, prêter au personnage en question la pensée de diverses trahisons, que partant le rôle assigné au Maréchal n'était point absolument contraire aux faits, ajouta : « Attendu que si l'historien a le devoir d'asseoir son jugement sur un travail de recherches et de comparaisons qui comporte l'examen des sources, la critique des témoignages et l'indication des motifs, l'écrivain qui fait une œuvre d'imagination n'est point soumis aux mêmes obligations, qu'il est libre de mêler la fiction aux réalités, *qu'il n'outrepasse les immunités de la fiction que s'il imprime à un personnage connu un caractère absolument opposé à la vérité historique* (1) ».

C'était là, en effet, un excellent criterium qui permettait de dire si un romancier ou un dramaturge avaient outrepassé les droits qu'ils ont incontestablement de mêler la fantaisie à la réalité historique. Tout leur est permis, a dit en réalité ce jugement, sauf de faire œuvre de parti en dénaturant systématiquement la vérité. Quant au juge du fait, il tiendra compte de toutes les circonstances dans lesquelles l'affaire se présente ; il pèsera toutes les considérations que lui suggèreront les droits de la pensée, de l'imagination et de la fantaisie et il ne rendra son jugement qu'après avoir étudié les

(1) *France judiciaire*, 76-77, 2e partie, p. 724.

moindres détails de la cause. Moins que jamais en pareille matière il ne se fixera de type abstrait de faute de « *culpa in abstracto* » pour l'appliquer sans distinction à toutes les catégories d'écrivains : historiens, romanciers, ou auteurs dramatiques. Une pareille méthode serait une entrave formelle à la liberté de l'art.

§ 9. — Mais lorsqu'ils auront reconnu en toute connaissance de cause que le romancier a outrepassé ses droits, les Tribunaux pourront sans hésitation le condamner lui aussi soit à des dommages-intérêts soit à des rectifications. C'est ce qui se produisit en 1865. Le *Journal pour Tous* avait publié un roman historique intitulé : « *La Botte d'or* » ; une certaine dame Delustin avait jugé offensants pour la mémoire de son père certains passages de ce roman et avait assigné *devant les Tribunaux civils* son auteur M. Mary-Lafon. Elle concluait dans sa demande à la suppression des passages incriminés, et à l'insertion du jugement à intervenir dans cinq journaux de son choix.

A l'audience du 30 juin 1865, le Tribunal rendit son jugement qui condamnait l'auteur du roman à des rectifications et à des insertions : « Attendu, disait-il, que les privilèges du roman ne peuvent autoriser l'auteur, alors qu'il rentre daus le domaine de l'histoire contemporaine à prêter à des personnages historiques des sentiments et des paroles contraires à la vérité et de nature à offenser leur mémoire et à nuire à la considération de leurs héritiers ».

§ 10. — Mais en tous cas — et il est nécessaire d'insister sur ce point — il importait peu qu'il y eût ou non

délit par rapport à la loi pénale. Il pouvait se faire qu'en dehors des éléments constitutifs de la diffamation, il y eut un tort susceptible de réparation civile. En effet, que fallait-il pour qu'il y eût délit? L'intention de nuire. C'est cette culpabilité de l'intention, cette préméditation mauvaise, qui crée le délit aussi bien en matière de diffamation qu'en toute autre matière pénale. Tout au contraire, pour l'obtention de dommages-intérêts civils, la simple faute en dehors de toute intention coupable suffisait au succès de l'action.

§ II. — Le procès des héritiers du prince Eugène nous en fournit une preuve intéressante.

Un éditeur de Paris, M. Perrotin, avait publié certains mémoires du général Marmont, duc de Raguse, qui contenaient plusieurs imputations diffamatoires à l'égard de la mémoire du prince Eugène. Celui-ci, en particulier, était représenté comme ayant voulu trahir à plusieurs reprises l'empereur Napoléon Ier. Les héritiers du prince firent une demande devant le tribunal de la Seine, tendant seulement à la rectification par jugement des allégations diffamatoires. Le débat qui s'engagea devant le tribunal eut pour objet l'authenticité des documents publiés. Ceux qui avaient été publiés étaient, en effet, formellement démentis par d'autres. Les juges décidèrent, dans un jugement fort savant, que les imputations contenues dans les mémoires du duc de Raguse étaient mensongères; il y avait eu *faute* dans leur publication, qu'une telle *faute* ouvrait l'action civile simple en dehors de toute intention diffamatoire qui, elle, exigeait d'autres conditions pour être réprimée.

« Attendu, y lisait-on, que l'honneur du père étant le

plus précieux patrimoine des familles, on ne saurait dénier aux enfants du prince Eugène le droit d'établir judiciairement la fausseté des accusations dont il a été l'objet.

« Attendu que c'est à tort que Perrotin a prétendu que l'action formée contre lui ne reposait sur aucune base légale ; qu'en effet, les lois spéciales qui ont pour objet de régler les peines applicables au délit de diffamation et d'injure, commis par la voie de la presse, n'ont point enlevé aux parties diffamées ou à leurs représentants l'action civile résultant du principe général consacré par l'art. 1382 du Code civil, qui oblige l'auteur de la faute à réparer le préjudice qu'il a causé ; que cet article, à la différence des lois sur la presse, ne soumet pas seulement le demandeur à établir le préjudice résultant de la diffamation ; qu'il l'oblige en outre à établir la fausseté du fait allégué ; ce qui constitue la *faute* sans laquelle il n'y aurait pas d'action ; mais que par cette condition elle-même, la poursuite, loin de nuire aux intérêts de l'histoire, lui fournit le moyen d'établir la vérité sans laquelle l'histoire ne mérite plus son nom ; que c'est dans l'intérêt de la vérité que l'on reconnaît à l'histoire le droit de formuler librement son appréciation sur les hommes et sur les évènements ; mais que les franchises et les immunités de l'histoire ne sauraient faire perdre de vue cet objet principal et qu'elles ne peuvent autoriser l'écrivain à avancer témérairement des faits controuvés et en contradiction avec les témoignages les plus graves et à baser sur ces assertions inexactes des jugements qui portent atteinte à la considération des personnes auxquelles ces faits sont imputés... le *Tribunal ordonne que Perrotin sera tenu d'insérer dans tous les exemplaires étant à sa dis-*

position du 6e volume des Mémoires du duc de Raguse, ainsi que dans toutes les autres éditions de cet ouvrage qui seraient ultérieurement publiées les *33 documents recueillis par Planat-Delafaye*... dit que cette insertion sera précédée de la notice ci-après : « *En exécution d'un jugement du*... »

La Cour de Paris, en date du 17 avril 1858, devait confirmer ce jugement ; mais elle tint à pousser plus loin la thèse du Tribunal et admit même la bonne foi de l'auteur. Elle ne rechercha pas s'il avait agi dans un sentiment de malveillance, mais affirma qu'en principe, l'imprudence ou la légèreté de celui qui entreprend d'écrire l'histoire de son temps et ne vérifie pas scrupuleusement les sources où il puise, ou accueille des récits mensongers suffit pour motiver la condamnation civile : « La Cour, considérant que, si le droit de l'histoire est de juger avec une entière liberté les personnes et les choses ; que si même il est consacré que lorsque, cessant d'être un juge incorruptible et manquant aux devoirs d'impartialité, de probité, de vérité qui sont l'âme de l'histoire, l'écrivain distribue l'éloge ou le blâme au gré de sa passion et de ses ressentiments, ses jugements quelque contraires qu'ils soient à la conscience publique ne relèvent que de l'opinion, c'est à la condition que le mensonge n'entrera pas dans son œuvre, c'est-à-dire que les faits seront rapportés avec exactitude, sans addition qui les dénature, sans retranchement des circonstances qui les expliquent et en fixent le caractère, de manière enfin que le lecteur, soit qu'il s'agisse de louer, soit qu'il s'agisse de blâmer, puisse apprécier personnellement et prononcer ; — qu'autrement au lieu d'être le plus grave et le plus utile des enseignements, l'histoire se transformerait impunément en

satire ; que les calomnies les plus odieuses y pourraient être accréditées et les meilleurs citoyens voués au mépris ; — qu'un tel système est moralement et légalement impossible ; que pour tout fait mensonger, en quelque ouvrage qu'il se soit glissé, histoire, mémoires ou libelles, la réclamation est ouverte et que *selon les cas*, les tribunaux civils ou les tribunaux de répression sont chargés d'apprécier le dommage et d'en régler la réparation...... confirme..... » (1)

§ 12. — C'est la même doctrine qui fut appliquée par un arrêt de la Cour de Paris en date du 29 février 1866 (*Gazette des Tribunaux*, à sa date.)

Un libraire-éditeur, propriétaire du Dictionnaire de médecine publié en 1814, par le Dr Nysten et qui a été réimprimé sous ce nom, plusieurs fois, avec les additions et changements nécessités par le progrès de la science avait admis en dernier lieu des articles que la veuve Nysten considérait comme offensants pour la mémoire de son mari, en ce sens qu'ils avaient pour résultat de lui attribuer des doctrines tout à fait opposées à celles qu'il professait.

L'arrêt accorda à la demanderesse 2.000 francs de dommages-intérêts en proclamant dans ses motifs : « que la femme partage avec ses enfants l'honneur et la considération qui s'attachent à la mémoire de son mari, et qu'elle a, comme eux personnellemement, s'il y est porté atteinte, le droit d'en demander réparation... que les éditeurs ont eu le tort de maintenir, malgré des réclamations réitérées, le nom de Nysten en tête d'un livre qui n'avait plus rien de commun avec les doctrines philoso-

(1) Jugt Tribunal civil, 25 juillet 1857. — *Gaz. des Tribunaux*, 25 juillet. — Arrêt. 1re Ch. de la Cour de Paris. — 17 avril 1858. D. 60-2-109.

phiques et morales de l'auteur primitif, qu'ils ont ainsi causé un dommage à la veuve Nysten en offensant la mémoire de son mari ».

La réparation civile, on l'a vu, pourra revêtir différentes formes. Tantôt, elle consistera en une somme globale que le juge arbitrera, tantôt, et c'est le cas du procès qui nous occupe quand l'héritier ne voudra pas être accusé de battre monnaie avec la diffamation dont son parent a été la victime, elle consistera en insertions rectificatives ajoutées à l'ouvrage incriminé. Ce sera sans aucun doute le mode choisi toutes les fois que la bonne foi de l'écrivain simplement coupable de légèreté sera évidente et toutes les fois qu'il aura entendu faire œuvre d'histoire destinée à survivre aux goûts passagers du public.

§ 13. — Une dernière question nous reste à examiner pour avoir terminé l'étude de l'action civile sous l'empire de la loi de 1819. Qui pouvait l'intenter? La réponse semble simple. L'action civile ayant pour objet unique la réparation du dommage causé, elle devait, semble-t-il, appartenir à tous ceux qui ont éprouvé un préjudice et ne devait appartenir qu'à eux. Mais un simple préjudice moral eût-il suffi pour que la demande fut accueillie? La question est intéressante par rapport aux créanciers. On sait en effet que l'article 1166 du Code civil autorise les créanciers à exercer « tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ». C'est là ce que la doctrine a depuis longtemps déjà surnommé l'action oblique ou indirecte. Dans ces conditions, le créancier d'un héritier défunt aurait-il pu en exerçant l'action oblique de l'article 1166, poursuivre devant les tribunaux civils, l'histo-

rien qui aurait diffamé le parent de son débiteur? Autrement dit, l'action de l'héritier lui était-elle exclusivement personnelle, ou au contraire rentrait-elle dans son patrimoine général, gage commun de ses créanciers ?

La réponse ne nous paraît pas douteuse et nous n'hésitons pas à déclarer qu'il y avait bien là pour l'héritier une action exclusivement personnelle. Non seulement le contraire eût eu des résultats extraordinairement choquants dans la pratique, en permettant d'assister au spectacle d'un héritier du défunt impassible sous l'injure adressée à son parent, alors que son propre créancier aurait agi en réparation de cette injure ; mais encore des considérations juridiques puissantes justifient notre solution. L'article 1166 a été écrit comme sanction au principe général que les biens d'une personne sont le gage de ses créanciers. Dans ces biens, sont compris non seulement les objets matériels qui sont la propriété de cette personne, mais encore tous les droits immatériels qu'elle peut posséder : créances, droits de succession, promesses, etc.

Dans ces conditions, rien de plus juste qu'un créancier ne souffre pas de l'inertie de son débiteur, et puisse de lui-même transformer le droit de créance de celui-ci en une somme matérielle et palpable sur laquelle il se fera payer. Mais, en même temps tout droit qui ne se transforme pas pour le débiteur en espèces sonnantes, échappe à l'action du créancier qui n'a pas à s'occuper du patrimoine moral de celui qui a traité avec lui. Or, nous l'avons vu, l'action civile a surtout pour but de maintenir intact le patrimoine moral de l'héritier. Soit qu'elle aboutisse à l'obtention d'une somme globale, soit qu'elle ait pour objet la rectification des passages inexacts ou diffamatoires ; dans tous les cas, c'est l'honneur de la famille qui est en jeu et ce

sont les membres seuls de la famille qui doivent protéger leur honneur. Aussi n'hésiterons-nous pas, malgré l'autorité des auteurs qui ont soutenu la thèse contraire, (1) à refuser l'exercice de l'action civile au créancier de l'héritier.

Il nous semble, en effet, impossible de prétendre avec eux que l'action de l'héritier, pouvant aboutir à l'obtention de dommages-intérêts, forme dans son patrimoine un droit de créance qui faisant partie de son gage général, peut être réalisé par lui. Nous l'avons déjà dit, l'obtention de dommages-intérêts n'est pas en pareil cas le but essentiel ou principal que poursuive l'héritier. Ce qu'il veut avant tout, c'est la réparation d'une insulte faite à la mémoire de son parent et s'il obtient éventuellement une somme à titre de réparation ce n'est que parce que nos Tribunaux ne peuvent réprimer par une autre sanction le délit civil prévu par l'article 1382 du Code civil.

En résumé, les principes généraux du Code civil donnaient à l'héritier qui jugeait que la mémoire d'un de ses ancêtres avait été outragée un premier moyen qui lui permettait d'agir devant les Tribunaux civils, à l'effet d'obtenir soit une rectification des passages incriminés soit une somme arbitrée en justice à titre de réparation. Les droits de l'histoire étaient, ainsi, suffisamment sauvegardés, puisque celui qui n'avait voulu que faire connaître la vérité trouvait, dans le procès même que lui intentait l'héritier, le moyen de fixer sa conscience et de rétablir les faits dans leur exactitude parfaite par les documents qui pouvaient être produits à la barre.

(1) Le Sellyez, *Op. cit.* I. 398. — Morin, Rep. V° Act. Civ. n° 4. — Mangin, *Op. cit.* n° 126.

Quant à celui qui, repoussant le rôle de l'historien honnête et impartial, n'avait cherché, en écrivant le passé, qu'à insulter ses contemporains ou qu'à faire œuvre de pamphlétaire, la loi de 1819 sur la presse le punissait comme coupable de diffamation.

C'est le jeu même de cette répression pénale que nous devons maintenant étudier.

§ 14. — Ce fut une controverse restée fameuse dans les annales de la jurisprudence que celle de savoir si la loi de 1819 avait prévu la diffamation envers les morts. Nul doute qu'en théorie, la mémoire de ceux qui ne sont plus ne doive être protégée, et aucun tribunal n'a jamais songé à encourager la diffamation à l'égard de ceux qui ne peuvent se défendre. Mais un autre principe préoccupait l'esprit des juges et les faisait très souvent hésiter. En matière pénale, où tout est de droit étroit, aucune peine ne doit être encourue si une loi spéciale ne l'établit d'une façon absolument expresse. C'est là une vérité juridique certaine, et le vieil adage *nulla pœna sine lege* en est l'expression vivante. Or, la question était précisément de savoir si la diffamation envers les morts était visée par la loi de 1819.

§ 15. — Il n'y avait pas de difficulté pour les membres de la famille royale, car l'art. 10 de la loi du 17 mai 1819 avait pris soin de la réprimer.

Une application pratique en fut faite à l'égard d'un polémiste qui avait, dans des discours publics, attaqué la mémoire du duc de Berry, mort trois ans auparavant. Le tribunal de Privas l'avait condamné par application de l'article 10, et la Cour de cassation, par un arrêt en date du

24 avril 1823, en rejetant le pourvoi du défendeur, avait approuvé l'application que les premiers juges avaient faite de l'article 10 de la loi sur la Presse (1).

En effet, ce que prévoyait cet article 10, c'était l'offense à la famille royale prise dans sa collectivité.

Peu importait dans ces conditions et en face de la généralité du texte, que la personne spécialement visée par la diffamation ait été morte ou vivante, puisque l'injure dont elle avait été l'objet avait en réalité atteint toute sa famille. C'était une protection accordée à la majesté royale dans la personne du roi et dans celle de tous ses parents. Incontestablement, cette protection n'était pas limitée aux seuls vivants et sauvegardait la mémoire des défunts.

Il est bien certain, comme l'avait dit M. l'avocat général Marchangy, qu'il fallait qu'il y eût diffamation et intention de nuire. C'était une question de dates, de circonstances, de relation plus ou moins directe entre le discours prononcé et l'état de choses existant. Mais « qu'un auteur, ajoutait-il, déshonore la plume de l'histoire en la trempant dans le fiel du libelle pour profaner la gloire d'un prince français dont la nuit des temps nous dérobe en partie la mémoire, et dont aucun membre de la génération présente ne fut le contemporain, que ce prince n'ait aucune affinité dans son action et dans sa politique avec le système de celui qui règne, il n'y a dans cette insulte faite à la dignité de l'un des aïeux de nos rois, qu'une inconvenance sociale et une ingratitude dont le mépris seul fera justice ». C'était là une question de fait que les tribunaux devaient apprécier souverainement ; mais un point était incontestable, c'est que la

(1) Cassation, rejet 24 avril 1823, *Journ. du Palais* à sa date.

diffamation commise en pareil cas était toujours punie, qu'elle ait visé un membre de la famille royale en son vivant ou un ancêtre déjà mort (1).

§ 16. — Laissons donc de côté ce point spécial visé par des dispositions particulières, et prenons l'hypothèse d'une diffamation ou d'une injure contre la mémoire d'une personne quelconque. Les héritiers pouvaient-ils poursuivre le diffamateur devant les juridictions répressives ?

La question ne comporte pas de réponse unique et elle demande pour être résolue à être décomposée. Une théorie avait rencontré de nombreuses adhésions et avait fini par prévaloir en jurisprudence dans un cas particulier. Lorsque la diffamation, tout en étant dirigée en apparence contre la mémoire du défunt, avait voulu en réalité atteindre ses héritiers personnellement, ceux-ci pouvaient agir devant les juridictions pénales comme ils eussent pu agir devant les tribunaux civils.

Mais quand la diffamation dirigée contre le défunt atteignait-elle le vivant ? La révélation des faits de la vie privée d'une personne décédée saurait-elle nuire à ses héritiers ? Les hontes comme les fautes ne sont-elles pas personnelles et n'y aurait-il pas une injustice criante à faire rejaillir sur le fils les taches qui peuvent souiller le passé du père ? Tel était l'avis d'un grand nombre de jurisconsultes. Les exigences de la vie pratique avaient conduit à faire adopter une thèse plus rigoureuse. Les fautes sont personnelles, proclamait-on, mais la déconsidé-

(1) La même interprétation fut admise pour l'article 86 du Code pénal modifié par la loi du 10 juin 1853, qui prévoyait pour les punir les offenses publiques envers les membres de la famille impériale.

ration qui les accompagne passe aux héritiers. La société poursuit de son mépris, en dépit des conseils de la raison et de la justice, ceux dont elle a pris l'habitude de mépriser les ancêtres, et la diffamation contre un défunt — c'est-à-dire la révélation d'un fait de sa vie — atteint dans son honneur personnel l'héritier lui-même.

C'est là ce qu'avaient compris ceux qui, appelés à juger les différends entre les particuliers, sont obligés de faire plier le droit aux nécessités de la vie pratique que ne connaissent pas les théoriciens absolus. Par exemple, accusait-on le défunt de s'être procuré sa fortune par des vols successifs ou autres moyens délictueux, l'accusait-on d'avoir toléré la vie désordonnée de sa femme et d'en avoir profité? l'imputation n'avait en réalité d'autre but que de faire suspecter l'origine des biens possédés par l'héritier ou de faire douter de sa filiation légitime. En pareil cas, pouvait-on hésiter à dire que l'héritier n'avait été *personnellement* visé et diffamé? Sans doute, il y avait une question de fait laissé à l'appréciation souveraine des tribunaux. Un examen sage des circonstances de la cause était nécessaire, et il fallait rechercher avec soin si, en visant le défunt, on avait voulu atteindre son parent ; mais toutes les fois que les tribunaux avaient acquis cette certitude, ils ne pouvaient plus, semble-t-il, hésiter à condamner.

§ 17. — Mais ce n'est point là le cas qui nous intéresse, et ce n'est point cette hypothèse qui avait fait naître la controverse célèbre de la diffamation envers les morts sous la loi de 1819. Il fallait supposer le cas où une personne décédée avait été diffamée, sans qu'il n'y ait eu aucune atteinte contre les héritiers vivants.

Seule, la personne décédée avait été désignée ; seule, elle avait été l'objet d'une révélation, et enfin cette révélation, par sa nature même, si grave qu'elle fût pour la mémoire du défunt, ne pouvait atteindre l'honorabilité personnelle de l'héritier.

C'était par exemple, tel homme politique décédé, auquel on reprochait en termes sévères et peut-être violents, son attitude à telle époque de sa vie publique ; c'était tel écrivain qui, après sa mort, était l'objet d'une violente campagne menée par des critiques au nom de l'art, et qui se trouvait condamné dans ses œuvres ou dans son influence. Dans des cas semblables, l'héritier était incontestablement hors de cause. Pouvait-il cependant agir *devant les juridictions répressives* contre l'auteur de ces révélations ou de ces critiques, et lui faire appliquer les rigueurs de la loi contre les diffamateurs ?

C'est cette question qui a donné lieu sous l'empire de la loi de 1819, à des débats célèbres, tant en doctrine qu'en jurisprudence. On lui a opposé trois objections solides.

Tout d'abord on a prétendu qu'il était inutile et oiseux de poser la question : on lui a opposé une sorte de question préalable » et de fin de non-recevoir. «Comment, a-t-on dit (1) peut-on parler de diffamation envers un mort ? Un mort c'est un corps inerte, une pincée de poussière. Qu'est-ce que la mémoire d'un mort ? Rien. Où sera donc la personne diffamée ? Nulle part. A qui s'adressera l'imputation ? A rien. La matière du délit manque donc absolument ; *delictum non reperit ibi materiam* »

La réponse était facile. Nos lois contiennent maintes dispositions qui ont pour but de protéger la mémoire des

(1) Grellet-Dumazeau, *Traité de la Diffamation*, T. I. p. 39.

morts ; nous reviendrons plus loin sur ces textes. Que l'on soit matérialiste ou spiritualiste, il est certain que la mort n'efface pas complètement la personnalité de l'individu et on peut concevoir en raison et en droit que la considération du nom a été entachée par des propos ou des écrits injurieux. « Tant que le corps fragile et l'âme éternelle, pouvait écrire M. Plougoulm dans son rapport, (2) ont été unis cette alliance produit quelque chose, c'est notre vie terrestre, ses labeurs petits ou grands, éclatants ou obscurs, ses fruits bons ou mauvais.

Après l'homme il reste ce qu'il a fait ; ce résultat, ce résumé de sa vie, c'est sa mémoire. c'est lui encore. Il se survit par là, il est honoré, respecté par là, puissant par là. Est-ce une illusion que cette mémoire qui nous est si chère et sur laquelle nous réglons notre vie ? *Quidquid amavimus manet* ; tout ce que nous avons aimé subsiste a dit admirablement le plus grand historien de l'antiquité ».

Donc on ne pouvait écarter par une fin de non-recevoir cette question de la diffamation envers les morts. Il fallait l'examiner au contraire avec tout le soin qu'elle comportait et rechercher si la loi l'avait prévue pour la réprimer.

C'était là la deuxième objection et quand elle aurait été résolue il eût fallu se demander si les exigences de la loi, quant à l'exercice du droit de poursuite, permettaient de faire réprimer cette diffamation d'un genre si particulier. C'était là la troisième objection ; celle-là de pure forme, de procédure mais qui ne laissait pas que d'être délicate.

En effet, l'action en diffamation ne pouvait être inten-

(2) Affaire Dupanloup. Voir infra.

tée, d'après la loi de 1819, que sur la plainte de la personne visée par la diffamation. Or ici, la personne diffamée c'était le défunt. Qui pouvait donc avoir qualité pour agir en son nom et poursuivre le coupable ? Était-ce le ministère public ? Mais lui-même ne pouvait agir que sur la plainte de l'offensé et cette plainte n'existait pas. Etaient-ce les héritiers ? Mais ils n'étaient pas diffamés. Comment auraient-ils pu se plaindre d'une diffamation qui, nous le supposons dans notre hypothèse, ne les atteignait pas ? Pouvaient-ils seulement porter plainte ?

Sur la première des questions, deux théories absolument opposées s'étaient édifiées dans la doctrine et la jurisprudence, réunissant autour d'elles tout ce que la science du droit pouvait compter d'adeptes fervents et illustres. L'une affirmait que la loi de 1819 prévoyait et punissait la diffamation envers les morts ; l'autre niait énergiquement l'existence de ce délit et, tout en souhaitant que la loi vienne le réprimer dans l'avenir, affirmait qu'elle ne l'avait pas prévu dans le passé.

§ 18. — Sur la deuxième question, celle de la recevabilité de l'action pénale, la lutte n'était pas moins vive et devait donner lieu à des discussions fort curieuses pour le juriste.

Il est naturel que nous l'examinions en premier, puisque de son étude nous pourrons conclure si oui ou non le prétoire était ouvert, au cas de diffamation envers les morts, aux héritiers qui voulaient en poursuivre l'auteur. Ce n'est qu'après avoir résolu cette question de procédure qui se posait « *in limine litis* » que nous pourrons examiner la deuxième controverse.

La règle générale et absolue de notre droit est la *per-*

sonnalité de la plainte en matière criminelle. Seule, la personne qui a été lésée par un crime ou un délit a qualité pour porter plainte (1). Et ceci n'est pas une innovation ; c'est une règle que l'on trouvait déjà en droit romain et qui, passant par notre ancien droit et notre droit intermédiaire a été recueillie par le législateur moderne. « *Ipsi qui passus est injuriam, actio injuriarum competit* » dit la loi 17, p. 15. *De injuriis.* Tous nos anciens auteurs n'avaient fait que broder sur ce thème. C'est Jousse qui dans son *Traité de justice criminelle*, s'exprimait ainsi : « Pour pouvoir rendre plainte, il faut y être intéressé et il est défendu aux juges de recevoir des plaintes pour raison de faits qui n'intéressent point les parties ». C'est Muyart de Vouglans qui (2) affirmait « que l'intérêt doit être direct, comme lorsqu'on poursuit l'injure qu'on a souffert dans sa personne, dans son honneur ou dans ses biens ». C'est Jean Imbert qui déclarait « que les parties civiles demandent réparation de leur intérêt civil qu'elles ont souffert à cause du délit commis en leur personne ou bien ». (3)

Les lois révolutionnaires n'avaient fait que reproduire la même règle (4) qui est devenue l'article 63 de notre Code d'instruction criminelle. C'est, qu'en effet, la vérité qu'il exprime s'impose à tous les temps et à toutes les civilisations. Il faut que la plainte vienne mettre en mouvement l'action publique toutes les fois qu'un particulier a souffert des conséquences d'un crime ou d'un délit. A

(1) Il est essentiel de ne pas confondre ici la plainte et la dénonciation. La dénonciation appartient au contraire *en général* à toute personne.

(2) *Lois criminelles*, p. 588.

(3) *Pratique civile et criminelle*, Livre 3. I. n° 3. Voir également Pierre Ayraut et Rousseau de la Combe.

(4) Loi du 16, 29 septembre 1791 art. 1, titre 5, Code de Brumaire, an IV, art. 94.

plus forte raison, en matière de diffamation, est-on en droit d'exiger une démarche personnelle de la partie lésée.

Mais dans le cas qui nous intéresse, comment savoir l'attitude qu'aurait eu le défunt si la diffamation dont sa mémoire peut avoir souffert s'était produite de son vivant? Y aurait-il répondu par le mépris ? ou aurait-il préféré le grand jour de l'audience à un silence souvent plus sage et toujours plus prudent ?

Comment l'héritier pouvait-il se substituer au défunt car comment pourra-t-il supposer le choix que ce dernier aurait pu faire et la conduite qu'il aurait tenue ? Et ne semble-t-il pas qu'ici, plus qu'en toute autre matière, la personnalité de la plainte s'imposait en raison même de l'appréciation de l'outrage qui varie avec les tempéraments et les habitudes. L'article 5 de la loi du 26 mai 1819 disait que dans les cas de diffamation ou d'injure contre tout dépositaire ou agent de l'autorité publique, contre tout agent diplomatique étranger accrédité auprès du Roi ou *contre tout particulier*, la poursuite n'aurait lieu *que sur la plainte de la partie qui se prétendra lésée* ». Il semble bien que ce soit là la confirmation éclatante de la règle générale et la ratification d'une vérité, qui, on peut le dire, était éternelle dans la science du Droit. M. de Serre, garde des Sceaux avait, dans la discussion de la loi devant le corps législatif appuyé particulièrement sur la nécessité d'une plainte en pareille matière : « Nul, disait-il, sans son consentement ne doit être engagé dans des débats où la justice même et le triomphe ne sont pas toujours exempts d'inconvénients et si le maintien de la paix publique semble demander qu'aucun délit ne reste impuni, cette paix gagne aussi à ce qu'on laisse se guérir d'elles-

mêmes des blessures qui s'enveniment dès qu'on y touche ». Et à la Chambre des Pairs un orateur expliquait d'une façon très nette la volonté de la Commission : « Nous avons pensé que l'honneur est un intérêt trop délicat et trop jaloux pour ne pas le laisser arbitre lui-même de ce qui lui convient le mieux en ces sortes d'occasion, et que nul n'a le droit de l'exposer à être vengé plus qu'il ne le voudrait et à subir sans son consentement de mortifiantes réparations où il pourrait trouver quelquefois de cruelles injures ».

Il semble, après ces citations, bien difficile de soutenir que l'action de l'héritier était recevable lorsqu'il agissait devant la juridiction criminelle pour faire réprimer une diffamation qui ne l'atteignait pas lui-même. Le principe de la personnalité de l'action, affirmé à nouveau par l'article 5 de la loi, paraissait fermer l'entrée du prétoire à celui qui n'avait pas souffert personnellement de l'injure faite à la mémoire de son parent décédé.

Tel ne fut pourtant pas l'avis d'un grand nombre de jurisconsultes qui prétendirent que, malgré ces apparences, l'héritier pouvait porter plainte au nom d'un parent défunt. Une autorité considérable vint même soutenir dans des débats célèbres cette opinion. M. le Procureur Général Dupin, donnant ses conclusions dans l'affaire Dupanloup qui fut une des plus célèbres causes se rattachant à notre étude et que nous examinerons pour cette raison en détail, affirmait en effet que l'héritier rentrait précisément dans les termes de l'article 5, et que se trouvant lésé par la diffamation portée contre le défunt, il avait le droit de porter plainte devant la justice. « Le législateur, disait-il, en parlant *de la partie qui se prétendra lésée,* a voulu évidemment prévoir le cas où l'individu diffamé se trou-

verait dans l'impossibilité de porter plainte par suite d'absence, de démence ou de mort, et attribuer alors à ceux qui représentent sa personne le droit de livrer à l'action publique le diffamateur qui les a lésés dans le nom ou dans la mémoire de leurs auteurs ».

Ayant ainsi exposé le problème et montré les deux solutions absolument contraires dont il était susceptible, nous devons nous demander à notre tour si la loi de 1819 permettait à l'héritier d'intenter l'action au cas de diffamation envers les morts.

Ecartons tout d'abord du débat une considération d'ordre purement moral qui ne saurait servir de raison à un juriste pour interpréter un texte de droit pénal. On a en effet répété souvent que l'héritier,en pareil cas, ne recherchait pas son intérêt, qu'il faisait bon marché de sa personnalité, qu'il ne vengeait pas une blessure personnelle et que s'il agissait, c'était pour remplir un devoir. La question n'est pas là. Il ne s'agit pas de savoir s'il remplit un devoir ou s'il agit sous l'empire d'un autre motif : il s'agit de savoir s'il *peut* remplir ce devoir. Tout le problème consiste à rechercher si les mots de la loi : « la partie qui se prétendra lésée » peuvent comprendre la personne même de l'héritier dans le cas où une injure a été faite à la mémoire d'un de ses parents, et alors que lui-même n'a pas été visé par la diffamation.

Pour adopter l'affirmative, on a invoqué tout d'abord la règle de droit d'après laquelle, en matière de succession, l'héritier représente le défunt. « Le mort saisit le vif » disaient déjà nos anciens auteurs. Toute action qui appartenait au défunt, passant de plein droit à son héritier et celui-ci continuant sa personne, si le défunt a été lésé, l'héritier *ipso facto* l'a été également.

Dans ces conditions, il va de soi que l'héritier puisse agir en justice.

Pour réfuter cet argument, des auteurs ont crû devoir faire des distinctions plus ou moins subtiles. Chassan, par exemple, avait édifié une théorie d'après laquelle on aurait dû pour l'application de la règle d'après laquelle l'héritier continue la personne du défunt, distinguer le patrimoine matériel, l'ensemble des biens pour lesquels la règle se serait appliquée sans restriction aucune, et le patrimoine moral auquel elle ne se serait pas appliquée.

Une réponse beaucoup plus simple eût, d'après nous, suffi pour dénier à l'héritier toute qualité pour agir en justice.

L'héritier ne représente le défunt que pour les droits que ce dernier a pu acquérir de son vivant et qu'il a transmis à sa mort à son descendant. Quand, dans le cas qui nous occupe, la diffamation s'est-elle produite ? *Après la mort* de la personne diffamée. Comment alors l'héritier pourrait-il acquérir de son parent des droits que celui-ci n'a jamais eus ?

Sans doute de nombreux textes ont, dans nos lois, spécialement retiré aux héritiers des droits qui appartenaient au défunt; mais nous nous refusons de cette constatation à conclure par a contrario avec M. le Procureur général Dupin et à dire que tous les droits dont l'exercice n'a pas été retiré par la loi à l'héritier peuvent être exercés par lui.

Quand, en matière d'adultère, de désaveu de paternité ou de révocation de donation pour cause d'ingratitude, la loi interdit à l'héritier d'exercer le droit que de son vivant son parent pouvait incontestablement exercer, elle porte atteinte, pour des raisons d'ordre public, à la règle que l'héritier continue la personne du défunt. Mais s'il est

nécessaire qu'elle vienne retirer l'exercice de ses droits à l'héritier, c'est que l'héritier les a reçus dans son patrimoine à la mort de son parent. Or, nous le répétons ; en mourant, le défunt ne peut transmettre un droit qu'il n'a pas. Etant diffamé plusieurs années *après sa mort*, il n'a pu, *à l'ouverture de sa succession* faire passer à son héritier l'exercice d'une action qu'il n'a jamais eue.

Et d'ailleurs, à quelles difficultés ne se serait-on pas heurté dans la pratique, si on avait adopté une solution contraire? L'héritier, nous le savons, peut, si bon lui semble, ne plus représenter la personne du défunt en renonçant à sa succession.

Le droit de plainte aurait-il été subordonné au parti pris par l'héritier relativement à la succession ? Un fils désireux d'éviter la ruine qui aurait pu résulter pour lui de l'acceptation de la succession de son père se serait-il vu privé du droit de défendre sa mémoire, alors que si ce père était mort dans une bonne situation d'affaires, il eut pu, en acceptant sa succession, se constituer le vengeur de son honneur. On aurait ainsi subordonné la protection due à la mémoire des morts à leur situation de fortune. Une telle solution était inadmissible, parce que ses conséquences étaient à la fois contraires au droit et à l'ordre public.

Aussi les partisans de l'affirmative avaient-ils abandonné ce moyen de défense pour en adopter un autre. Faisant appel au droit romain et à l'actio injuriarum, ils prétendaient que l'exercice de cette action appartenait à l'héritier chargé de défendre le patrimoine moral que lui avait légué le défunt.

Cette explication ne pouvait pas être mieux accueillie que la précédente. L'idée romaine, importée dans notre ancien droit, ne se référait qu'à l'*actio injuriarum*, action

pénale au point de vue romain, mais civile à notre point de vue moderne, puisqu'elle ne tendait jamais en définitive qu'à l'obtention de dommages-intérêts. Or, nous avons admis qu'au point de vue civil, l'héritier pouvait toujours, en vertu de l'article 1382 du Code civil, poursuivre le diffamateur de son parent décédé, précisément au nom de cette solidarité d'honneur qui unit entre eux tous les membres d'une même famille. Mais il ne s'agit plus ici d'action civile mais bien d'action pénale. Le but poursuivi n'est plus d'obtenir des dommages-intérêts, mais bien de faire infliger une peine d'emprisonnement ou d'amende au diffamateur. En pareil cas, il faut une précision de texte qui, nous l'avons vu, fait défaut, et ce silence du législateur ne saurait être suppléé sans violer, les principes les plus essentiels du droit pénal.

Le législateur de 1819 a employé à dessein les expressions de l'article 63 du Code d'Instruction criminelle et il a voulu leur donner la même interprétation restrictive. La lecture des travaux préparatoires ne laisse pas la moindre place au doute. Le principe de la personnalité de l'action en matière pénale était maintenu dans toute son intransigeance.

D'ailleurs quelques années plus tard, le doute allait être définitivement levé. La loi du 25 mars 1822, dans son article 17, allait expressément exiger pour toute répression de la diffamation : « la plainte du particulier qui se croira diffamé ou injurié ». L'équivoque n'était plus permise et la controverse manquait d'objet. En en décidant ainsi le législateur de 1822 après celui de 1819, avait fait œuvre de sagesse. Il interdisait à l'héritier, au nom de l'ordre public, de venger un outrage plus ou moins caractérisé, dont son parent décédé aurait été victime car

il ne lui reconnaissait ni qualité, ni compétence pour apprécier cet outrage, et il craignait qu'il ne prît un parti trop souvent énergique là où son parent plus rassis et plus calme eût préféré l'abstention, le silence et le dédain.

§ 19. — Mais pour ceux qui avaient donné une solution contraire à la nôtre à cette « question préalable » pour ceux qui accordaient l'exercice de l'action au défunt en dehors de toute attaque personnelle, une seconde difficulté se présentait alors qui, elle aussi, engendra controverses sur controverses, difficultés sur difficultés. La loi de 1819 punissait-elle la diffamation envers les morts? Telle était la formule générale qu'on lui donnait. En supposant l'héritier habile à intenter un procès et recevable dans son action pouvait-il avoir quelque chance de triompher? La loi pénale lui donnait-elle un châtiment qu'il pût faire infliger au diffamateur de ses ancêtres ? Telle est la question qui a donné lieu sous l'empire de la loi de 1819 à des débats restés célèbres dans les annales de la jurisprudence.

Les lois françaises, nous le savons, contiennent de nombreuses dispositions ayant pour but de protéger la mémoire des morts. Citons seulement l'article 360 du Code pénal qui assure l'inviolabilité des sépultures, l'article 727 du Code civil qui déclare indigne de succéder l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'a pas dénoncé à la justice ; les articles 957, 1046 et 1047 du même code qui prononcent la révocation des dispositions testamentaires pour injure grave faite à la mémoire du testateur, l'article 444 du Code de Commerce qui rend possible la réhabilitation du failli décédé et les disposi-

tions bien connues du Code d'instruction criminelle qui autorisent la révision des procès criminels au bénéfice des innocents injustement condamnés même après leur mort.

On le voit, le législateur a tenu sa promesse : « La loi protège l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort et ne l'abandonne pas au moment où il a cessé de vivre ».

Or, disait-on, puisqu'il est démontré que la protection de la mémoire des individus disparus n'a jamais cessé d'être l'objet des sollicitudes de la part du législateur, il aurait fallu que la loi de 1819 contint des dispositions absolument formelles pour que la diffamation envers les morts ne soit point punissable. Que dit donc le texte de la loi ? L'article 13 porte : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation ». La loi ne fait aucune distinction ; elle ne parle ni des vivants, ni des morts. Le sens du mot « personne » est aussi général que possible, et si on l'emploie dans le langage courant pour désigner plutôt un individu vivant, on ne peut pourtant décréter qu'il ne puisse s'appliquer à un mort. Le législateur connaissait les dispositions générales de nos codes, protectrices de ceux qui ne sont plus, et s'il avait voulu faire ici une exception et déclarer que la loi n'aurait d'effet « qu'entre vifs », il aurait su l'affirmer expressément. Son silence ne devait pas être interprété comme une exclusion.

Tel était le sens général des arguments proposés par ceux qui prétendaient que la loi de 1819 punissait la diffamation envers les morts.

L'opinion contraire s'appuyait sur des propositions d'une valeur juridique autrement grande. La loi de 1819 n'a

pas créé un droit nouveau, disait-elle, elle n'a fait que modifier les dispositions du Code pénal sur la calomnie. Or, tout le monde était d'accord autrefois pour déclarer que ces dispositions ne s'appliquaient pas aux calomnies dirigées contre les morts, et cependant les autres textes de nos codes qui protègent leur mémoire étaient déjà en vigueur.

Si la loi de 1819 n'a rien dit à ce sujet, c'est qu'elle a entendu maintenir la jurisprudence antérieure et ne rien innover sur ce point.

D'ailleurs, le mot « personne » employé par l'article 13, pourrait-il s'appliquer aux morts ? Pourquoi le législateur, voulant innover, n'aurait-il pas expressément désigné ceux qu'il voulait faire bénéficier d'une nouvelle protection ?

Mais le législateur s'est bien gardé de vouloir innover sur ce point. M. de Serre, dans l'exposé des motifs, n'avait-il pas eu soin de déclarer que « le but de la loi n'est pas d'innover, mais uniquement de recueillir dans les lois pénales les actes déjà incriminés ? » Et, de plus, que penser d'une méthode d'interprétation juridique qui, en matière pénale, édicterait des pénalités tirées du silence de la loi. Aussi, peut-on s'étonner qu'à la Cour de cassation, M. le conseiller Plougoulm, rapporteur dans l'affaire Dupanloup, se soit fait le défenseur d'une pareille méthode, si contraire aux principes, et qui peut avoir des conséquences si redoutables. « Certes, disait-il à la Cour suprême, l'interprétation du juge ne peut créer ni délit, ni peine. Mais pour la loi pénale elle-même, il y a l'imprévu ; il y a ce que n'a pas indiqué le législateur et ce qui était pourtant dans les limites, dans le cadre de sa pensée Subvenir à ces imprévoyances, combler les lacunes de la

loi, c'est là notre œuvre de tous les jours » ; et rappelant la jurisprudence sur le duel, il ajoutait : « Quelquefois elle est empreinte d'une hardiesse salutaire devant laquelle vous ne reculez pas ».

L'étonnement que cause de pareilles paroles dans la bouche d'un jurisconsulte est d'autant plus grand que, rarement silence législatif fut plus complet que dans la loi de 1819. Qui pourrait intenter cette action ? Serait-ce seulement l'héritier acceptant la succession ou au contraire toute espèce d'héritier ? Qui règlerait les conflits qui pourraient naître entre cohéritiers sur le parti à prendre ? Un successeur irrégulier, comme le conjoint survivant, pourrait-il agir ? A quel degré dans la filiation s'arrêterait le droit de poursuite ? Autant de mystères insondables que la loi par son silence imposait aux jurisconsultes qui, suivant l'exemple que leur montrait M. le conseiller Plougoulm, auraient voulu « en combler les lacunes ».

Pour nous qui n'admettons point ce pouvoir prétorien de la jurisprudence, qui ne pouvons comprendre qu'elle soit chargée de légiférer à la place du législateur, nous concluons formellement que tous ces silences étaient voulus, calculés, et que ne l'eussent-ils point été, on n'en devait pas moins les considérer, en droit, comme la preuve formelle que la diffamation envers les morts n'était point punie par la loi de 1819. Au fond — et c'est leur excuse — ceux qui avaient tenu un autre langage, avaient été inspirés par des considérations d'ordre public très élevées et très puissantes, et c'est au profit de la Morale qu'ils avaient oublié les règles du Droit.

« Alors, Messieurs, ajoutait en effet M. le conseiller Plougoulm, oh alors ! vous me pardonnerez de le dire

dans cette enceinte, dans ce sanctuaire de la loi — ou plutôt vous le dites avec moi — alors j'en appelle à moi-même, autrement je serais un lâche, j'aurais déserté la mémoire de mon père, et je le demande à M. le procureur général lui-même, le sage promoteur de l'utile jurisprudence sur le duel, l'épée qui dans la main du fils, venge la mémoire du père, lui paraît-elle le fer de l'assassin ? Vous le voyez, la doctrine de l'arrêt attaqué (la nôtre), c'est le renversement de la loi de 1819, c'est la réhabilitation du duel ! » Sans doute, les motifs qui animaient le conseiller rapporteur étaient des plus respectables. Ils eussent été à leur place dans l'exposé des motifs d'un projet de loi ; ils n'en étaient pas moins déplacés dans une enceinte où l'on ne doit pas refaire le droit, mais seulement l'appliquer. D'autant plus, que nous savons que la situation vraie de l'héritier était loin d'être aussi sombre et aussi dénudée que la dépeïgnait M. Plougoulm. Les héritiers, nous l'avons vu, en face d'une diffamation qui atteignait leur ancêtre, avaient toujours la ressource de l'action civile. Elle pouvait, il est vrai, être inefficace au point de vue pécuniaire quand elle était intentée contre un insolvable ; mais elle pouvait aboutir à des rectifications, à une publicité qui, mieux qu'une indemnité globale, vengeait la mémoire outragée du défunt.

Néanmoins de semblables controverses dans la doctrine ne pouvaient être sans influence sur la jurisprudence.

Le juge chargé d'appliquer la loi et qui entend des commentaires absolument contradictoires est obligé de prendre parti et de choisir entre les interprétations.

L'ensemble des décisions de justice, en pareil cas, reflète fatalement les contradictions de la doctrine. C'est cette œuvre des Tribunaux qu'il nous fait maintenant apprécier.

§ 20. — Au commencement du siècle, et c'est la raison pour laquelle le législateur n'avait pas, dans la loi de 1819, apporté plus d'attention à cette question, on ne trouve aucune trace de procès relatif à la répression pénale de la diffamation envers les morts.

Pour la première fois la difficulté se présente devant la Cour d'Assises de la Seine en 1819.

La veuve du Maréchal Brune pousuivit devant cette juridiction, Martainville, rédacteur au *Drapeau Blanc* qui à propos d'un portrait du Maréchal et d'un extrait de l'ouvrage de Mallet du Pan avait gravement incriminé sa conduite en Suisse en 1797 (1).

La veuve du Maréchal avait pour avocat Me Dupin aîné qui rappelait ce procès à quarante ans de distance dans les conclusions qu'il donnait devant la Cour de Cassation au sujet d'une affaire semblable. En 1819, Me Dupin fut moins heureux qu'en 1860. L'organe du Ministère public, M. l'avocat général de Broë, soutint que Martainville devait être acquitté pour ce motif que la loi ne punissait pas la diffamation envers les morts. « Notre législation récente (loi de 1819), disait-il, peut offrir une lacune qu'il serait peut-être important de remplir en coordonnant ce qui existe avec ce qui n'existe pas encore mais dans l'état de choses, vous n'oublierez pas qu'en matière criminelle, rien ne peut se suppléer ; que des considérations morales ou des analogies ne peuvent jamais être la base des peines et qu'enfin, la seule explication du silence ou même de l'obscurité de la loi pénale, c'est l'impunité ». Martainville fut acquitté le 18 août 1819.

(1) 18 août 1819 ; *Moniteur* du 19 août. Dalloz, CO. I. 201.

§ 21. — En 1826, les héritiers de La Chalotais portèrent plainte contre le journal « *L'Etoile* » qui s'était livré à des attaques passionnées envers la mémoire de l'ancien procureur général, à l'occasion d'une polémique avec « *Le Courrier Français* » qui avait félicité La Chalotais d'avoir contribué à faire expulser les jésuites de France au siècle dernier. L'affaire fut portée devant le tribunal correctionnel de la Seine. Les héritiers de La Chalotais étaient assistés de Mes Berryer et Bernard (de Rennes). M. Hennequin était au banc de la défense. Après de longs débats à la suite desquels l'organe du ministère public conclut *en faveur des plaignants*, le tribunal rendit un jugement qui renvoya le journal « *L'Étoile* » des fins de la plainte, par cette raison que les termes employés dans les art. 13 et 16 de la loi de 1819 ne pouvaient s'étendre à l'outrage fait à la mémoire des morts.

Les attendus du jugement rendu le 19 avril 1826 étaient ainsi libellés (1) :

« Attendu que les termes employés par les art. 13 et 16 de la loi du 17 mai 1819 ne peuvent s'appliquer qu'à l'honneur et à la considération dont une personne et dont un fonctionnaire public a besoin actuellement et pendant sa vie, et ne peuvent s'étendre à l'outrage fait à la mémoire des morts ; que la loi n'a pu confondre dans la même expression deux faits bien différents par leur nature, leur gravité et l'action qui peut en résulter ; d'autant moins que le fait et l'expression d'outrage à la mémoire est reconnu et consacré dans la loi civile ; attendu que l'outrage à la mémoire d'un défunt peut en certains cas seulement constituer un outrage direct à la famille et l'autoriser à demander la réparation d'une

(1) *Barreau Français*, 1826, p. 269 à 321. Berryer.

injure personnelle; que l'art. 5 de la loi du 26 mai 1819 autorise la poursuite sur la plainte de la partie qui se croira lésée directement ou indirectement et qui aura un intérêt immédiat à demander une réparation ; qu'il faut pour constituer ce délit, prouver que l'intention d'outrager la famille et de lui porter préjudice résulte clairement des faits et des circonstances, des expressions et surtout de leur rapport naturel et direct aux membres de la famille, et que cette question de fait est entièrement soumise à la conscience des magistrats...

Considérant que la vie politique et publique des citoyens est seule du domaine du publiciste, du moraliste et de l'historien ; que celui qui veut en remplir la noble mission doit toujours agir dans l'intérêt de la vérité, de la morale et de la justice avec exactitude et bonne foi dans l'exposé des faits, sagesse et impartialité dans les opinions, modération et décence dans les termes...

Acquitte. »

Donc, des deux discussions que nous venons de citer, une opinion se dégageait nettement : La loi de 1819 ne punissait pas la diffamation envers les morts et laissait entiers les droits de l'historien. La Cour de Bruxelles, en 1827, adoptait la même solution sous l'empire du Code pénal et affirmait à son tour que les droits de l'histoire ne pouvaient être subordonnés à la susceptibilité plus ou moins bien fondée des héritiers.

§ 22. — En 1836, la Cour de Paris allait être appelée pour la première fois, à se prononcer sur la question dans l'affaire des héritiers de la duchesse de Tourzel contre Fournier-Verneuil (1) mais avec cette particularité intéressante que les héritiers se prétendaient per-

(1) Dalloz, 36-2-85.

sonnellement outragés par la diffamation lancée contre leur parent. Les héritiers de la duchesse de Tourzel avaient, en effet, cité devant le Tribunal correctionnel de la Seine, le rédacteur du *Censeur Judiciaire*, Fournier-Verneuil. Celui-ci avait accusé dans divers articles la feue duchesse d'avoir dû une partie de sa fortune à des spoliations coupables. C'était bien déclarer que les héritiers qui avaient recueillis ces biens s'étaient rendus complices des délits de leur ancêtre. Au surplus, une lettre versée aux débats prouvait que le journaliste avait eu pour but d'atteindre la famille toute entière. Il y avait donc là une diffamation caractérisée contre les héritiers eux-mêmes. Aussi le Tribunal correctionnel de la Seine à son audience du 3 juin et la Cour de Paris, le 11 juillet 1826 n'hésitèrent-il pas à condamner le rédacteur du *Censeur Judiciaire*.

« Considérant, disait la Cour, que les faits diffamatoires imputés à la mémoire d'une personne décédée donnent à ses représentants le droit d'en demander la réparation, lorsque ces faits sont de nature à porter atteinte à leur honneur et à leur considération et qu'ils ont été publiés dans cette intention ; que les écrits formant l'objet de la plainte ont été faits dans le but de diffamer les membres actuels de la famille de Mme la duchesse de Tourzel, que notamment ils lui attribuent une spoliation coupable et présentent ses héritiers comme détenant illégalement une fortune acquise par des moyens honteux et criminels ;...... confirme ».

§ **23**. — En dehors de cette hypothèse où la diffamation adressée à la mémoire du mort avait en réalité pour but d'atteindre les vivants, la jurisprudence restait fi-

dèle à son système. C'est ainsi qu'en 1836, le Tribunal correctionnel de la Seine acquitta encore à la date du 8 novembre (1) le docteur Gaubert poursuivi à la requête des héritiers Chéron dans les circonstances suivantes : Un article du *Messager* du 28 août 1836 avait fait le récit d'une séance de la Société phrénologique et avait cité un rapport qu'y avait lu le docteur Gaubert sur les formes du crâne d'une dame Chéron qui avait été assassinée le 24 janvier 1834. Les héritiers Chéron virent dans cette publication une diffamation à l'égard de leur parente et assignèrent devant le Tribunal correctionnel de la Seine le gérant du *Messager* et le Dr Gaubert. Ils furent tous deux acquittés par un jugement assez curieux car il diffère, en droit des précédents. Il ne recherche pas en effet, si la loi de 1819 punit ou non la diffamation envers les morts ; il constate qu'il n'y a délit que là où il y a intention de nuire et il ajoute que le Dr Gaubert, dans l'espèce, n'a fait preuve que « d'un zèle indiscret pour le système scientifique qui a ses préférences, et que si ce zèle a pu causer un préjudice aux héritiers Chéron, ce préjudice ne peut être apprécié que par la juridiction civile».

§ 24. — En 1839, la Cour de Paris eut à juger à nouveau une question de diffamation envers un mort *compliquée d'intention de nuire aux héritiers*. Elle adopta la solution déjà connue et condamna le prévenu. Les frères Casimir-Périer avaient assigné en police correctionnelle les journaux *Le National* et l'*Europe*, comme ayant été diffamés par les attaques que ces journaux avaient dirigées contre la mémoire de leur père. Le Tribunal con-

(1) Dalloz, 36-2-65. Id. 60-1-202.

damna les gérants, et la Cour confirma, en date du 14 août 1839 la sentence des premiers juges (1).

Quelques années plus tard la même Cour devait rendre un arrêt identique dans une affaire du même genre.

§ 25. — En 1859, les fils de la Princesse Czartoriska avaient assigné devant le Tribunal de la Seine les sieurs Lacour, Poulet et Deboise, éditeur, imprimeur et rédacteur d'un ouvrage intitulé *Les Mémoires du duc de Lauzun* dans lequel l'auteur mettait en doute la légitimité de leur filiation maternelle. Les prévenus invoquèrent pour leur défense les droits de l'histoire, mais le Tribunal, à la date du 26 janvier 1859, repoussa leur théorie en les condamnant. La Cour confirma cette décision et répéta dans son arrêt que les droits de l'histoire n'allaient pas jusqu'à permettre aux écrivains d'outrager les vivants (2)

§ 26. — C'est encore la même théorie qui fut proclamée par un jugement du tribunal correctionnel de Metz rendu le 11 août 1859 dans une affaire Girgois contre Jean Pierre (3). Ici, l'injure avait été verbale. Girgois avait dit que Bastien, ancien maire décédé depuis quelque temps, avait volé à la commune la somme de 600 francs. Le neveu de Bastien, un nommé Jean-Pierre, poursuivit en police correctionnelle Girgois et il obtint, outre une condamnation pénale, des dommages-intérêts. « Attendu, disait le jugement, que la controverse de la diffamation envers les morts n'a pas besoin de recevoir ici sa solution qu'il n'a pu échapper à l'attention de Girgois que les

(1) Dalloz, Rép. V. Inst. Crim. n° 105.
(2) *Gazette des Tribunaux*, 27-29 Janvier 1859.
(3) *Journal du Palais*, 1860, p. 617.

injures et diffamations contre les parents décédés rejailliraient contre les neveux, etc..... »

C'était on le voit se placer sur un autre terrain que sur celui de la diffamation envers les morts ; c'était reproduire la théorie de la solidarité d'honneur qui lie tous les membres d'une famille, alors que les injures adressées à ceux qui ne sont plus, atteignent en réalité les vivants.

§ 27. — Les choses en étaient là et la jurisprudence semblait se fixer lorsqu'une affaire demeurée célèbre et à laquelle nous avons déjà fait allusion allait bouleverser les théories consacrées. Jusqu'ici les opinions des tribunaux s'étaient formulées en deux propositions très fermes : 1° La loi de 1819 ne prévoit, ni ne punit la diffamation qui atteint les morts seuls, 2° Cette diffamation peut être réprimée lorsqu'elle a porté atteinte à la considération des vivants.

Le procès des héritiers Rousseau contre Mgr Dupanloup allait aboutir à un revirement complet de la jurisprudence et la première proposition celle qui affirmait que la diffamation envers les morts n'était pas punie par la loi de 1819, allait recevoir un démenti formel (1).

C'était l'époque où l'attention publique détournée des évènements intérieurs se portait anxieusement vers les questions de politique étrangère.

La rapide transformation des Etats de l'Italie et la situation faite à la Papauté étaient le sujet d'une polémique incessante entre les différents organes de la presse. L'illustre évêque d'Orléans s'était lancé des premiers

(1) Dalloz 60, I, 201. Voir également, Recueil des Plaidoyers de Chaix d'Estange 2e édition, revue par Constant. Paris, 1877. Tome III.

dans la lutte avec toute la fougue de son esprit et toute l'ardeur de ses convictions. Ses adversaires habituels étaient deux journaux qu'on pouvait s'étonner de voir livrer le même combat : *Le Siècle* et *Le Constitutionnel.* Tous deux s'attaquaient au caractère de l'évêque et tandis que le *Siècle* le traitait de « factieux, de fougueux ligueur » de « prêtre infidèle qui ne recule pas devant l'idée du carnage » ou encore l'accusait de faire appel à la révolte, de se livrer à une propagande impie, *Le Constitutionnel,* opposait à sa véhémence la mansuétude d'un de ses prédécesseurs Mgr Rousseau, évêque d'Orléans sous le Premier Empire dans des temps non moins difficiles (1).

Ce journal publiait à l'appui une lettre que Mgr Rousseau avait adressée en 1810, lors des querelles de Pie VII et de Napoléon Ier au Supérieur et aux Directeurs de son Séminaire, loin de toute pression humaine et de toute contrainte officielle, dans toute son indépendance.

La réplique de Mgr Dupanloup ne se fit pas attendre et elle fut foudroyante pour la mémoire de Mgr Rousseau. Publiée sous forme de lettre au Rédacteur en chef du *Constitutionnel,* elle faisait connaître que « contrairement aux assertions du *Constitutionnel,* la lettre ou le discours de Mgr Rousseau n'avait été que la conséquence d'une circulaire officielle du ministre des Cultes ; qu'il avait envoyée à ce ministre, et que comme M. Portalis, à qui les bassesses ne plaisaient pas, avait passé vingt-cinq jours sans lui répondre, il lui avait écrit de nouveau pour savoir s'il avait bien parlé, s'il en avait trop dit ou pas assez au gré de ce ministre. « Sur tout cela, Monsieur, disait ensuite Mgr Dupanloup, je suis condamné à vous dire simplement que Mgr Rousseau ignorait l'histoire, qu'il igno-

(1) Courtel, *Op. cit.* p. 335 et 340.

rait plus encore les vrais principes de l'Eglise gallicane et, ce qui est pire, qu'il ignorait l'honneur épiscopal ».

Une octogénaire, Mme Bertin, nièce de Mgr Rousseau, soutenue de deux autres petits-neveux, portèrent plainte en diffamation contre Mgr Dupanloup, tandis que les autres héritiers se contentaient de protester par la voie des journaux. En même temps, les rédacteurs du *Siècle* portaient également plainte, se considérant comme diffamés par un autre passage de la même lettre au Rédacteur en chef du *Constitutionnel*, De cette dernière plainte, nous n'aurons rien à dire, si ce n'est qu'elle fut déclarée mal fondée par ce motif que l'évêque d'Orléans s'était borné à se défendre, en repoussant avec une énergie violente, une violente accusation.

La plainte de Mme Bertin soulevait la grave question de la diffamation envers les morts, et ne soulevait que celle-là, car les héritiers étaient les premiers à reconnaître qu'ils n'avaient nullement été atteints par les révélations de Mgr Dupanloup. Les Tribunaux allaient donc bien avoir à trancher la grave question des droits de l'histoire en dehors de toute autre préoccupation juridique. Me Plocque au nom des plaignants ; Mes Berryer et Dufaure au nom du prévenu, allant au fond du droit reprirent et développèrent les deux systèmes d'interprétation que nous avons fait connaître. Après avoir entendu les conclusions de M. Chaix d'Est-Ange, procureur général, la 1re Chambre de la Cour d'appel de Paris devant laquelle l'affaire avait été portée en raison de la qualité du prévenu (article 479 du Code d'instruction criminelle, article 910 de la loi du 20 avril 1810 et 6 du décret du 6 juillet 1810) rendit le 17 mars 1860 un arrêt qui restera comme un monument de jurisprudence par lequel elle déclarait les

héritiers Rousseau non recevables. Il serait trop long de reproduire ici les motifs de cet arrêt. Ce sont tous ceux que nous avons fait valoir pour déclarer que la diffamation envers les morts n'était pas punissable, groupés avec un ordre parfait et reliés l'un à l'autre par de rigoureuses déductions.

Mgr Dupanloup, quoique renvoyé des fins de la plainte se retirait très meurtri de l'arène judiciaire.

« Considérant, disait la Cour, que si les héritiers Rousseau ont été blessés par la publication de documents appartenant à la vie privée de leur parent, et qu'ils devaient les croire à l'abri de toute divulgation dans le dépôt où leur confiance les avaient laissés (Archives épiscopales d'Orléans) ; s'ils ont été cruellement troublés dans leurs sentiments de famille par une discussion à la fois hautaine et ironique de souvenirs qu'ils regardaient placés sous la garde même de celui qui les a si durement réveillés, *ils sont forcés de reconnaître eux-mêmes que ces violences que les entrainements des passions politiques expliquent sans les justifier, n'étaient point dirigés contre eux personnellement,* considérant que ces imputations s'adressaient *exclusivement à la mémoire de l'ancien évêque d'Orléans*, qu'ainsi la cause présentant à décider uniquement la question de savoir si la diffamation d'un mort est prévue et punie par nos lois, il y a lieu de la résoudre négativement ».

Aucune des parties ne s'étant pourvues en cassation, le 27 avril 1860, le Garde des sceaux écrivit à M. le Procureur général de Cour de cassation pour lui enjoindre de dénoncer à la Section criminelle l'arrêt de la Cour de Paris comme contraire à la loi conformément à l'article 441 du Code d'instruction criminelle. « Je ne puis, disait-

il dans sa lettre, admettre comme juridique une interprétation qui aurait pour résultat de restreindre à la durée de l'existence humaine les dispositions qui protègent la considération et l'honneur des citoyens.., J'incline donc à penser que la lacune signalée par l'arrêt n'existe pas. La solution donnée par la Cour Impériale est le résultat d'une fausse interprétation de l'article 13 de la loi du 17 mai 1819 et non de l'insuffisance de ses dispositions ».

Hâtons-nous d'ajouter que l'arrêt de la Cour de Paris avait reçu l'approbation d'un grand nombre de jurisconsultes qui résumaient dans les recueils spéciaux leur opinion à peu près en ces termes : « C'est ainsi que tout en sauvegardant les éternels droits de la morale et de la charité fraternelle, l'arrêt a proclamé une vérité juridique, conséquence nécessaire de cet axiome qu'il venait de formuler : il est élémentaire en droit que le juge ne peut suppléer au silence et à l'insuffisance de la loi pénale. Grande raison qui rappelle la sage maxime de Paul :

Non omne quod licet honestum est ; attamen ubi non est lex, nec prævaricatio ».

Le rapport fut confié à la Cour de cassation, à M. le conseiller Plougoulm. Notre intention n'est pas de faire la critique de ce rapport qui est une œuvre remarquable à plusieurs points de vue. Nous voulons seulement montrer dans quel esprit il a été pensé et écrit. Parlant incidemment de la jurisprudence fameuse inaugurée sous l'influence de M. Dupin, qui assimilait en cas de mort le duelliste à un assassin, voici ce que dit M. le conseiller Plougoulm. « Pour la loi pénale elle-même, il y a l'imprévu, il y a ce que n'a pas indiqué le législateur, et ce qui

est pourtant dans les limites, dans le cercle de sa pensée; ce que viennent révéler les faits dont les combinaisons, les nuances, sont infinies. Subvenir à ces imprévoyances, combler les lacunes de la loi, c'est là votre œuvre de tous les jours, et quelquefois elle est empreinte d'une hardiesse salutaire devant laquelle vous ne reculez pas. Ainsi la pensée du duel paraissait bien loin de l'article du Code pénal qui punit l'assassinat. Vous l'y avez vue pourtant sous l'inspiration du même magistrat que vous entendiez aujourd'hui et qui compte cette sage et utile violence faite à la loi comme un de ses plus beaux triomphes. La violence peut paraître moins forte aujourd'hui, et il y avait certes plus de distance entre le duelliste et l'assassin qu'il n'y en a entre le diffamé et la réparation de sa propre injure, et l'héritier qui, s'identifiant avec la mémoire de son auteur, prétend la défendre comme son patrimoine, comme une portion de lui-même. L'affinité est ici beaucoup plus grande ; qu'on ne s'effraye donc pas d'aucune interprétation *forcée* ».

Nous ne pouvons qu'exprimer le regret de voir un magistrat convier ses collègues à le suivre dans une voie qui aboutit à la violation de la loi, et décerner des hommages publics au procureur général qui a été le premier promoteur de ces dangereuses innovations.

Du réquisitoire de M. le procureur général, nous ne dirons rien non plus. M. Dupin parla en homme que les droits de l'histoire préoccupent médiocrement et qui volontiers se contenterait après sa mort d'un panégyrique officiel : « Donnera-t-on, disait-il, des lettres de marque à tous les corsaires de la littérature pour faire avec impunité des incursions violentes sur le domaine des réputations, sous prétexte que les individus étant morts,

eur bonne ou leur mauvaise renommée appartient à l'histoire? »

L'arrêt de la Chambre criminelle (24 mai 1860, D. 1860, I. p. 214) fut de tout point conforme à la théorie soutenue par le rapporteur et par le ministère public. Il cassa et annula dans l'intérêt de la loi l'arrêt de la Cour de Paris, pour avoir méconnu le texte et l'esprit de l'article 13 de la loi de 1819, et l'avoir aussi manifestement violé. On croirait cet arrêt rendu par des juges statuant en matière civile, tant les considérations de la législation et les arguments *a pari* ou *a fortiori* y occupent une place considérable ; et en le lisant, on est à chaque instant tenté d'oublier, comme l'ont fait les magistrats eux-mêmes, qu'on est en matière pénale.

Il n'admettait aucune des distinctions qui nous avaient paru pouvoir rationnellement et légalement, concilier autant que possible les graves intérêts de la vérité historique et du repos des familles.

S'il avait dû faire jurisprudence, le délit de diffamation aurait existé, sauf la question intentionnelle, dans tout écrit ou discours publié qui aurait entaché la mémoire d'un mort, alors même qu'il se serait agi de sa vie publique, et quoique le fait rappelé ou révélé ait été certainement vrai ; l'action en diffamation au correctionnel ainsi qu'au civil, aurait été ouverte à tout héritier qui aurait voulu en user, encore bien qu'il ne portât point le nom de celui-ci, et que l'imputation n'eût été aucunement dirigée contre lui ; la poursuite provoquée par l'héritier eut rendu inévitable une condamnation à moins que le juge n'eut admis que le récit des mauvaises actions du défunt ait eu lieu sans intention de nuire à sa réputation...

Quelles ont donc été les raisons décisives, pour une solu-

tion si rigoureuse ? Nous avons étudié toutes les sources et comparé tous les arguments respectifs ; nous avons lu et médité tous les éléments publiés du débat que termine l'arrêt de cassation ; nos convictions, loin d'être ébranlées, se fortifient de plus en plus.

L'honorable rapporteur, M. le conseiller Plougoulm, ne s'est pas dissimulé que l'arrêt, renvoyant le prévenu, se fondait sur le texte même de la loi pénale ; qu'il y aurait dans la décision contraire, par voie de cassation, une certaine hardiesse et une sorte de violence faite à la loi. Mais selon lui, même dans la loi pénale, il y a autre chose que ce qu'elle dit expressément : il y a aussi ce qu'elle a voulu dire, ce qui est conforme à son esprit et ce qu'elle a nécessairement entendu.

Les arguments sur lesquels la Cour de cassation appuya son arrêt, sont peut-être excellents en législation, mais n'auraient jamais dû servir à l'interprétation d'une loi répressive.

« Attendu, disait-il, que la mémoire des morts est protégée expressément par plusieurs dispositions de nos lois civiles et pénales; que l'article 727 du Code civil frappe d'indignité les héritiers indifférents au meurtre de leur auteur, que les articles 1046, 1047 du même Code punissent les injures des légataires envers la mémoire du testateur, que l'article 447 du Code d'instruction criminelle réhabilite en certains cas la mémoire du condamné ; qu'enfin l'article 360 du Code pénal punit toute violation de sépulture, que la sollicitude de ces lois pour la mémoire des morts serait inconciliable avec la prétendue indifférence de la loi de 1819 ».

Que prouvaient en réalité ces articles ? Que toutes les fois que le législateur avait voulu à un titre quelconque,

sauvegarder la mémoire des morts, il avait pris soin de s'expliquer clairement et par dispositions expresses...

La Cour de cassation a abandonné dans cette affaire la voie qu'elle avait toujours suivie d'un pas ferme et constant ; elle a oublié qu'elle était chargée d'appliquer, d'interpréter la loi, mais non de subvenir à ses imprévoyances et de combler ses lacunes...

§ 28. — Aussi, sa décision ne mit-elle pas, comme bien l'on pense, fin à la controverse. Celle-ci cessa pendant quelques années d'occuper la jurisprudence pour ne passionner que la doctrine. Il faut atteindre l'année 1865 pour trouver un nouveau procès correctionnel entre héritiers et écrivains, et encore ce procès ne pose-t-il pas à nouveau la question de la diffamation envers les morts. Il ne s'agissait en effet que d'une similitude de nom jugée offensante par des héritiers.

Un journal, *L'Omnibus*, avait publié un roman-feuilleton intitulé : « Les nuits de Paul Niquet ». Les héritiers d'un individu qui avait porté le nom de Paul-Niquet, avaient assigné le gérant du journal en police correctionnelle, en raison du rôle que le romancier avait prêté à son héros et qui constituait, d'après eux, une diffamation indirecte à l'égard de leur ancêtre.

Le tribunal condamna les prévenus, mais la Cour de Paris, par arrêt du 9 février 1865, infirma la sentence des premiers juges. (1)

« Attendu, avait dit le tribunal, que si le roman peut se permettre des inexactitudes, ce ne peut être qu'en n'abordant pas les époques trop contemporaines où les inexac-

(1) *Gazette des Tribunaux*, 10 février 1865.

titudes pourraient atteindre et blesser dans leur honneur et la mémoire de leurs proches les personnes vivantes ; attendu que les membres vivants de la famille Niquet se plaignent d'être personnellement atteints et blessés dans leur honneur ».

C'était la vieille théorie de la solidarité d'honneur qui avait été reprise par le tribunal, celle que nous avons déjà rencontrée au cours de nos études comme s'étant établie définitivement dans la jurisprudence. La Cour, en acquittant, ne renversait pas la théorie de droit du tribunal, qui était consacrée depuis longtemps. Elle jugeait simplement qu'en fait, la diffamation ne s'adressait pas à feu Niquet, qu'il n'y avait pas de rapport entre lui et le héros du roman, et que par conséquent, les héritiers n'avaient pu être visés personnellement par l'auteur du roman-feuilleton.

§ 29. — La Cour de Cassation allait avoir peu après à affirmer à nouveau sa jurisprudence, et à rendre un arrêt d'autant plus important qu'il devait être l'œuvre de toutes les Chambres réunies.

Il est particulièrement intéressant de retracer ici toutes les circonstances de fait qui précédèrent la nouvelle décision de la Cour Suprême car elles montrent d'une façon très nette la résistance qui se fit dans les Cours d'Appel à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire Dupanloup pour ne pas adopter la jurisprudence nouvelle qu'il inaugurait.

Une dame Peltier, fille de M. Leprince, en son vivant notaire, avait été traitée par un sieur Coron, de fille de receleur et de soustracteur. Le 23 août 1865, le sieur Coron assigné en reddition de compte devant le Tribu-

nal de Fougères, avait allégué publiquement que Leprince avait de son vivant commis des faux à son profit dans une liquidation qui lui avait été confiée. M. Peltier, agissant au nom de sa femme, assigna M. Coron devant le Tribunal correctionnel de Fougères pour avoir tenu publiquement des propos injurieux et diffamatoires contre la mémoire de Me Leprince. Le 29 septembre 1865, le Tribunal correctionnel de Fougères rendit un jugement qui déclarait en droit que les dispositions répressives de la diffamation ne s'appliquaient pas aux imputations dirigées contre les personnes décédées et qui acquitta le prévenu.

La Cour de Rennes confirma ce jugement par un arrêt du 2 novembre 1865, en déclarant que les premiers juges avaient bien interprété la loi. Les héritiers Leprince formèrent alors un pourvoi devant la Cour de Cassation pour violation des articles 13, 14 et 18 de la loi du 17 mai 1819, en ce que l'arrêt attaqué avait refusé de considérer comme tombant sous l'application de ces articles la diffamation envers les morts, et pour violation de l'article 5 de la loi du 26 mai 1819, en ce que ce même arrêt avait dénié aux héritiers d'une personne diffamée après son décès, le droit de poursuivre le diffamateur.

La Chambre Criminelle, faisant droit aux motifs invoqués à l'appui du pourvoi, cassa l'arrêt de la Cour de Rennes et renvoya l'affaire devant la Cour d'Angers par un arrêt du 23 mars 1866. Cette Cour se prononça dans le même sens que la Cour de Rennes.

Les Chambres réunies de la Cour de Cassation furent alors saisies d'un nouveau pourvoi fondé sur les mêmes motifs que celui qui avait été formé précédemment devant la Chambre Criminelle et le 1er mai 1867, après avoir entendu le rapport de M. le conseiller Guénault,

et les conclusicns conformes de M. le Procureur Général Delangle, elles rendirent un arrêt qu'il est curieux d'étudier à plus d'un titre (1).

La Chambre Criminelle avait décidé d'une manière absolue que le délit de diffamation, tel que le prévoit et définit l'article 13 de la loi du 17 mai 1819, pouvait résulter des imputations dirigées contre la mémoire des morts et que, dans ce dernier cas, le droit de plainte était attribué aux héritiers. Les Chambres réunies furent beaucoup moins explicites. Elles commencèrent par réserver les droits de l'Histoire sur la mémoire des morts qui ont appartenu à la vie publique et l'on devine que s'il se fût agi dans la cause de la mémoire d'une de ces personnes et non de celle d'un homme qui s'était pendant sa vie renfermé dans des fonctions privées, la décision de la Cour eût été tout autre.

« En admettant, disait la Cour, que les immunités de l'histoire doivent faire décider autrement en ce qui concerne la mémoire des individus qui ont appartenu à la vie publique ; le droit de plainte ne saurait être refusé aux héritiers d'un individu qui a toujours vécu en simple particulier pour poursuivre des imputations diffamatoires ayant trait à la vie privée de leur auteur alors, d'ailleurs que, en raison des circonstances et par une connexité nécessaire, ces imputations ont, vis-à-vis d'eux, le caractère d'une attaque personnelle ».

De plus, l'arrêt des Chambres réunies constata : « qu'il était établi en fait que les propos diffamatoires sur lesquels reposait la plainte avaient été adressés dans des lieux publics à la fille même du défunt, en parlant à sa personne, avec la menace d'une responsabilité pour elle

(1) Dalloz, 67, I, 131. D. 67, I. 129.

à raison des faits allégués ; qu'ainsi l'outrage dirigé contre la mémoire du défunt retombait nécessairement sur les enfants, et avait pour résultat de les léser ». Et plus loin « que sans qu'il soit besoin d'examiner, dans l'espèce, si le mot *personne* employé dans l'art. 13 de la loi du 17 mai 1819, pouvait comprendre la personne du défunt. il était clair que cette expression s'appliquait dans toute sa force à la personne de l'enfant plaignant pour qui l'injure, s'étendant du mort au vivant, était devenue un fait personnel ». Ces réserves répétées jointes aux faits de la cause que la Cour retenait et sur lesquels elle fondait sa principale raison de décider, nous rejetaient bien loin de la doctrine exprimée à deux reprises par la Chambre criminelle en 1860, et en 1866 (1). Sans en être le désaveu explicite, l'arrêt des Chambres réunies trahissait plus d'une hésitation, et il était encore permis d'espérer que la jurisprudence invariable des Cours d'Appel finirait par prévaloir sur la théorie qui avait obtenu en 1860 la consécration de la Cour Suprême.

Le désarroi n'en continuait pas moins, et les tribunaux dans leur ensemble se refusaient à appliquer la doctrine de l'arrêt Dupanloup. Aussi, la Cour de Cassation allait-elle avoir à casser nombre de décisions contraires à la jurisprudence qu'elle avait inaugurée.

§ 30. — En 1868, le Tribunal correctionnel de Lyon avait été saisi d'une plainte des héritiers de M. Vaïsse, de son vivant sénateur et préfet du Rhône, dirigée contre un nommé Labaume, éditeur-gérant du journal *La Marionnette*, paraissant à Lyon. Ce journal, à l'occasion de l'inauguration de la statue de Vaïsse, avait publié un

(2) Arrêt Dupanloup et 1er arrêt dans cette affaire.

article où il était dit que « Vaïsse arrivé sans fortune à l'administration d'une grande cité, avait su, dans de courtes années, ne pas mourir pauvre — qu'il fallait que la postérité sache qu'il fut un temps où un homme intelligent pouvait, en quelques, mois gagner plusieurs millions et qu'il suffisait pour cela de faire subir à une célèbre maxime de Machiavel une légère variante : exproprier pour régner ». Le Tribunal de police correctionnelle rendit un jugement à la date du 16 novembre 1868, dans lequel il constata une fois de plus que la loi de 1819 ne punissait pas la diffamation envers les morts et qu'il aurait fallu pour que l'action fût recevable qu'on ait voulu diffamer les héritiers, ce qui n'était pas le cas. — Le gérant de *La Marionnette* fut en conséquence acquitté.

La Cour de Lyon, saisie par un appel des héritiers, cassa le jugement du Tribunal et adoptant la théorie de la Cour de Cassation, condamna le gérant du journal. En vain, Labaume expliqua-t-il qu'il n'avait pu songer diffamer les héritiers Vaïsse puisqu'il avait ignoré jusqu'à leur existence quand il avait écrit son article. La Cour vit dans sa prose une diffamation envers un mort et, comme telle, la déclara subversive en vertu de la loi de 1819 (1).

Labaume se pourvut en Cassation et la Chambre criminelle appliqua à nouveau la doctrine qu'elle avait inaugurée dans l'affaire Dupanloup et même l'aggrava en déclarant qu'aucune exception ne pouvait être admise au profit de celui qui avait attaqué la mémoire d'un fonctionnaire public à raison de ses fonctions (2).

Pendant quelques années la question ne se posa plus devant les tribunaux et la controverse qui divisait les jurisconsultes resta purement théorique.

(1) 11 décembre 1868. D. 69-2-74.
(2) 5 juin 1869. D. 70. I. 233.

§ 31. — Les derniers procès que nous rencontrions avant la loi de 1881 sont ceux qui furent intentés par le prince Napoléon contre dix journaux qui avaient offensé feu l'Empereur Napoléon III. Le journal « *Le Siècle* » dont le gérant était Vilain-Laudaiserie avait, dans trois articles, soutenu que Napoléon III avait disposé illégalement de 26000 hectares de forêts appartenant à l'État. Une difficulté spéciale se présentait dans ces affaires pour les tribunaux.

Y avait-il, dans les propos tenus par le journal, l'offense aux souverains prévue par le Code Pénal modifié en 1853 ou y avait-il diffamation pure et simple ?

Le Tribunal Correctionnel d'Ajaccio, saisi de la plainte contre « *Le Journal de la Corse* » qui avait reproduit les allégations du « *Siècle* » décida que le délit d'offense au souverain n'existait pas dans l'espèce « attendu que ce délit n'existe que quand le souverain règne (1) ».

La Cour de Paris, admit, sur cette question préalable, la même solution et décida que le droit commun devait s'appliquer, mais, statuant sur le fond, elle jugea qu'il y avait bien eu de la part du rédacteur du *Siècle* diffamation contre la mémoire de Napoléon III, la loi du 29 décembre 1875 n'ayant rien changé sur ce point spécial aux dispositions de la loi de 1819 (2).

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, sur pourvoi du gérant du « *Siècle* », adopta bien entendu cette doctrine, qui était en réalité la sienne, et l'aggrava encore, comme dans l'affaire Vaïsse, en déclarant que cette diffamation avait été commise envers un dépo-

(1) 23 août 1878, *France Judiciaire*, 77-78. Tome 2. 733.
(2) Paris 7 décembre 1878, *France Judiciaire*, 77-78. 2. 137

sitaire de l'autorité publique pour des faits relatifs à ses fonctions (1).

Ainsi, et en résumé, la Cour de Cassation s'en tenait à son système et voyait dans la diffamation envers les morts un délit prévu par la loi.

Les Cours d'appel, au contraire, décidaient dans leur grande généralité, que les droits de l'histoire s'opposaient à la poursuite des écrivains qui n'avaient fait que révéler des faits intéressants pour la postérité et que d'ailleurs la loi de 1819 n'avait réprimé nulle part ces révélations.

§ 32. — Tel était l'état d'anarchie de la jurisprudence à la veille de la loi de 1881 (2).

La loi de 1819, qui avait eu la prétention de régler les droits de l'écrivain en laissant dans l'ombre une question de l'importance de celle de la diffamation envers les morts, avait pendant plus d'un demi-siècle donné lieu à des incertitudes regrettables qui s'étaient traduites par de violentes controverses. Il était de toute nécessité pour le législateur qui allait aborder la difficulté de front, de rechercher une solution qui satisfît à la loi les libertés de la pensée dont les droits de l'histoire ne sont qu'une fraction et les exigences des familles qui ont droit au respect et au repos. Nous verrons si, ayant vu le problème et lui ayant trouvé une solution il a su lui donner celle qui eut le mieux protégé les grands intérêts qui s'y trouvent engagés.

(1) 24 mai 1879. D. 79. I. 273.

(2) Nous avons cru inutile de raconter dans leurs détails toutes les espèces qui se sont présentées devant les tribunaux. Citons toutefois pour être absolument complet : Cour de Montpellier, 22 décembre 1825. Cour de Rouen, 27 avril 1849 (*Affaire du Courrier de l'Eure*), Chambéry, 26 juin 1874. Citons encore comme n'ayant que de lointains rapports avec notre question : Paris, 12 septembre 1834. — Cassation, 21 mai 1836. — Cassation, 16 novembre 1843.

§ 33. — Mais, avant de le rechercher, il nous faut relater un autre travail de la jurisprudence que lui avait imposé la doctrine de la Cour de Cassation. Ayant accordé le droit de plainte aux héritiers au cas de diffamation envers leurs parents décédés, il fallait rechercher qui on devait comprendre sous ce mot d'*héritiers*.

Les enfants naturels notamment, et le conjoint survivant qui, à cette époque, n'étaient tous deux que des successeurs irréguliers, pouvaient-ils être admis au bénéfice du droit de plainte ?

Pour les enfants naturels, la question fut tranchée dans le sens de l'affirmative par un arrêt de la Cour de Cassation en date du 27 mai 1881 (1) (affaire Nar-Bey contre de Lusignan) « attendu, disait-il, que les enfants naturels ne sont pas héritiers, mais attendu que portant le nom de leur père, ils ont le droit de défendre ce nom et sa mémoire, etc... »

Quant à la veuve la Cour de Paris le 18 août 1876, et le Tribunal de Poitiers le 4 décembre de la même année déclarèrent qu'elle n'avait pas à porter plainte lorsqu'il y avait à côté d'elle des enfants du défunt qui seuls devaient venger la mémoire de leur père (2).

Quant au cas où un désaccord pouvait se produire entre plusieurs héritiers, au sujet de l'attitude à prendre et de l'exercice de l'action, la jurisprudence avait fini par décider que le plus proche héritier aurait seul le droit de porter plainte — solution très critiquable d'ailleurs, car le préjudice pouvait être ressenti aussi bien par un héritier plus éloigné que par un plus proche. Elle montre à quels résultats néfastes aboutit l'œuvre de la jurispru-

(1) D. 82. I. 391.
(2) *Journal du Ministère Public*, 19-164 et 252 et *Journal du Droit Criminel*, 75, 76 art. 9962. p. 357.

dence lorsqu'elle sort de son rôle et supplée en matière répressive au silence de la loi.

CHAPITRE IV

LA SOLUTION DONNÉE PAR LA LOI ACTUELLE DU 29 JUILLET 1881

§ 1. — La controverse qui s'était élevée sous l'empire de la loi de 1819 aurait dû attirer l'attention du législateur lorsqu'il se mit à élaborer, sous la République, un projet de loi sur la presse.

Cependant dans le texte primitif aucune disposition n'était relative à la diffamation envers les morts. La lacune ne fut comblée que par la Commission du Sénat et sur l'initiative du rapporteur M. Eugène Pelletan dont l'action sur l'ensemble de la loi fut considérable et qui prononça à son occasion plusieurs discours remarquables auxquels nous serons obligés de faire de nombreux emprunts.

La Commission du Sénat inscrivit donc au projet sous un paragraphe 4, de l'article 32, le texte suivant : « Les articles 28, 29 et 31 ne seront applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de l'un des héritiers vivants ». Le Sénat l'adopta à sa séance du 11 juillet 1881. A la Chambre des députés, le rapporteur, M. Lisbonne, tout en critiquant cette disposition et en lui préférant le système de la Cour

de Cassation, qui permettait de poursuivre dans tous les cas les diffamations envers les morts, en proposa cependant l'adoption au nom de la Commission et le paragraphe 4 de l'article 32, devenu l'article 32 du projet fut adopté sans débats dans la séance du 21 juillet 1881. La disposition qui nous occupe devait encore au cours des vicissitudes parlementaires du projet, changer de numéro d'ordre, pour devenir définitivement l'article 34 de la loi, telle qu'elle fut adoptée.

§ 2. — Ces changements successifs eurent des conséquences très fâcheuses qu'il nous faut signaler dès maintenant. Une première inexactitude en est résultée dans les références aux articles. L'article 34 porte, en effet : « Les articles 29, 30, 31, ne seront applicables aux diffamations et injures.... ». Or, la référence à l'article 29 est inutile puisqu'on n'y fait que définir la diffamation et l'injure ; celle à l'article 30 est un non-sens, puisque cet arttcle réprime la diffamation envers les corps constitués qui, eux, ne meurent point et ne laissent pas d'héritiers. Quant à l'article 31, il vise la diffamation envers les fonctionnaires publics. C'est en réalité les articles 31, 32 et 33 que l'article 34 a voulu viser ; ce sont eux qu'il faut substituer à ceux qui figurent au texte pour que cet article ait toute sa signification et toute sa portée. Les auteurs qui ont étudié la loi sur la presse n'ont pas manqué de relever cette négligence du législateur et de démontrer les inconséquences de l'article 34 tel qu'il était rédigé. Dutruc en particulier a pu écrire : « J'ai dit plus haut que la rédaction de l'article 34 était incomplète et vicieuse. En effet, quoiqu'il règle les conditions de l'exercice de l'action pour injures aussi bien que pour diffamation contre la

mémoire des morts, cet article exige dans tous les cas, que le prévenu ait eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants. Or, si une telle intention est un élément essentiel de l'incrimination lorsque c'est la diffamation qu'elle a pour objet, il n'en est plus de même quand il s'agit d'injure. Dans cette dernière hypothèse il devait suffire d'exiger que le prévenu ait eu l'intention d'atteindre les héritiers vivants par les expressions outrageantes, les termes de mépris qu'il aurait employés ou les invectives qu'il aurait dirigées contre la mémoire du mort et qui sont constitutifs de l'injure. En un mot, il fallait reproduire à l'égard de ces deux incriminations différentes, la distinction qu'établit l'article 29 relativement aux éléments caractéristiques de l'injure et de la diffamation.

La Commission du Sénat parait avoir emprunté la rédaction de la disposition nouvelle à l'arrêt de la Cour de Paris du 11 juillet 1836 qui renferme ces motifs : « Considérant... que les faits diffamatoires imputés à la mémoire d'une personne décédée donnent à ses représentants le droit d'en demander la réparation lorsque ces faits sont de nature à porter atteinte à leur honneur et à leur considération et qu'ils ont été publiés dans cette intention, que les écrits formant l'objet de la plainte ont été publiés dans le but de diffamer les membres actuels de la famille de Mme la duchesse de T.. etc... » Mais il ne s'agissait là que de diffamation et c'est ce que la Commission du Sénat n'a pas suffisamment remarqué.

Tel qu'il est conçu l'article 34 atteint la diffamation plutôt que l'injure et c'est, en effet, de la diffamation seule que s'est préoccupé le rapport fait au nom de la Commission du Sénat comme aussi c'est uniquement au

sujet de la diffamation que s'était élevée la controverse à laquelle la loi nouvelle a voulu mettre fin. Mais alors pourquoi avoir compris l'injure dans les prévisions de l'article 34 ? ».

Telles sont les critiques qu'ont soulevées les dispositions législatives que nous allons maintenant étudier dans leur détail. Nous devions les faire connaitre auparavant afin que le lecteur ne soit point surpris par les inexactitudes matérielles qu'il n'aurait point manqué d'y relever.

§ 3. — Avant de rechercher quelle est la portée exacte de l'article 34 de la loi de 1881 et de voir dans quel sens il modifiait la jurisprudence établie sous l'empire de 1819 nous devons faire connaître deux questions dont la solution ne prête à aucune controverse, pas plus qu'elles ne soulevaient de difficultés sous la législation antérieure.

Quand la personne diffamée ou injuriée est morte sans avoir introduit d'action pénale, ses héritiers ne peuvent certainement pas l'intenter après elle. Si une controverse s'était élevée à ce sujet, les paroles prononcées par M. Eugène Pelletan au Sénat l'auraient définitivement close. « La loi exige, disait-il, pour un procès en diffamation, la volonté formelle du diffamé. Lui seul, *de son vivant* a le droit de l'intenter et la loi ne pourrait supposer qu'à sa mort, il a repassé son droit personnel à un homme souvent encore à naître, et qu'il revit bon gré, mal gré dans la personne de cet héritier, afin de tirer vengeance, par la volonté de cet héritier, à un siècle de distance, d'une diffamation qu'il a connue peut-être pendant sa vie et qu'il a dédaignée ».

Mais si le défunt avait intenté l'action de son vivant et s'il était mort avant l'issue du procès, Il va sans dire

que ses héritiers pourraient la reprendre, car désormais elle fait partie de l'hérédité (1). On admet aussi que si la diffamation à l'égard de la personne morte était de nature *à causer un dommage réel à ses héritiers* en dehors de toute atteinte à leur honneur personnel, ceux-ci pourraient, en vertu de l'article 1382 du Code civil, intenter une action en dommages-intérêts. « La disposition nouvelle, disait le rapporteur à la Chambre des députés, M. Lisbonne, laisse dans le droit commun l'action civile de la part des héritiers en dommages-intérêts. Ce n'est, en effet *que la répression pénale* que dénie (aux héritiers) le texte nouveau ; ce n'est pas la réparation qui prend sa source dans la simple faute et le préjudice causé ; abstraction faite de toute intention criminelle » (2). Et le rapporteur, au Sénat, donnait la raison morale de cette règle de droit : « La loi n'a plus (dans ce cas) devant elle des ombres de personnes ; elle a des personnes réelles qui ont pu subir un dommage et qui ont droit à une réparation ». Donc, et sur ce point la loi nouvelle n'apportait aucune dérogation à la jurisprudence antérieure ; toutes les fois qu'on ne rentrait pas dans le cas prévu par le nouvel article 34, autrement dit, toutes les fois que les héritiers avaient subi un dommage quelconque par suite d'une diffamation portée contre un de leurs parents décédés, sans que cette diffamation les ait atteints personnellement, ils allaient pouvoir intenter devant le tribunal civil une action en dommages-intérêts, par application de l'article 1382 du Code civil. La jurisprudence ne tardait pas à en faire des applications pratiques.

(1) Bazille et Constant, p. 208, *op. cit.*
(2) *Journ. Officiel* du 22 juillet 1881.

§ 4. — En 1884, le Tribunal de Lyon fut saisi d'un procès intenté par les héritiers d'une dame Favre contre *Le Lyon Républicain*. Ce journal avait publié un roman-feuilleton intitulé : *Le Père Crépin* ou *l'Avare de Saint-Georges* dans lequel on représentait la dame Favre comme s'étant livrée à la prostitution et comme ayant empoisonné son mari.

Le gérant du journal souleva pour sa défense l'exception tirée du nouvel article 34 et prétendit qu'il n'avait pas eu l'intention d'atteindre les héritiers dans leur honneur. Le Tribunal admit cette exception. Aussi ne condamna-t-il pas *Le Lyon Républicain* aux peines prévues par la loi mais il n'en alloua pas moins des dommages-intérêts aux héritiers de la dame Favre (1).

C'est d'ailleurs la solution que le même Tribunal avait précédemment adoptée dans un autre procès connexe à ce dernier, intenté par les héritiers du sieur Crépin qui avaient vu dans le feuilleton en question leur parent traité de « monstre d'avarice et d'être immoral (2) ».

§ 5. — Le Tribunal de la Seine fit sienne cette jurisprudence le 3 août 1895 (3). Les héritiers du général Coffinières de Nordeck intentèrent en effet un procès à un journaliste qui avait écrit, à propos de la capitulation de Metz : « Sur un autre point de la ville, un groupe conduit par plusieurs officiers se dirige vers l'hôtel de la Division dans le but de faire entendre au général, gouverneur de la Place, certaines vérités qu'on voulait qu'il redît au commandant en chef, à celui dont il avait été le bras droit et le complice ».

(1) Lyon, 9 janvier, 1884, *Gaz. du Palais*, 84, I. Sup. p. 44.
(2) 23 août 1883, *G. Pal.*, 84, I. p. 186.
(3) *Le Droit*, 4 août 1895.

« Si, dit le Tribunal, dans son jugement, l'article 34 de la loi sur la Presse n'incrimine ces actes que dans le cas où les auteurs des diffamations ont eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, cet article n'enlève pas aux héritiers, dans les autres cas, la ressource de l'article 1382 C. civ. » et le Tribunal de Lyon admettait quelques années plus tard que cette action civile appartenait aux héritiers même au cas où la personne diffamée et décédée avait été chargée d'un service public. (1).

D'une façon générale, les héritiers ont donc à leur disposition *lorsqu'ils n'ont point été personnellement diffamés*, la ressource de l'action civile pour obtenir, soit des dommages-intérêts, soit des rectifications aux passages diffamatoires. Hâtons-nous de dire que c'est là le procédé qu'ils doivent employer envers des historiens vraiment dignes de ce nom qui, ignorant le plaisir coupable qui consiste à flétrir les vivants en racontant le passé ; n'ont qu'un désir : faire connaître la vérité en toute honnêteté et en toute impartialité.

§ 6. — Mais une question intéressante se pose au cas où l'on rentre dans l'hypothèse de l'article 34 de la loi de 1881, c'est-à-dire lorsqu'en parlant d'un mort l'écrivain n'a eu en réalité que l'intention de salir ses héritiers.

Ceux-ci peuvent-ils exercer l'action civile qui résulte du délit de diffamation séparément devant la juridiction civile ou doivent-ils nécessairement la porter accessoirement à l'action publique devant la juridiction répressive ?

La difficulté provient de l'article 46 de la loi sur la Presse ainsi conçu : « l'action civile résultant des délits

(1) Lyon, 20 décembre 1890. G. P. 87, I. 77.

UNIV. OF CALIFORNIA

de diffamation prévus et punis par les articles 30 et 31 ne pourra, sauf dans le cas de décès de l'auteur du fait incriminé, ou d'amnistie, être poursuivi séparément de l'action publique ». Or, l'article 30, vise la diffamation envers les corps constitués et l'article 31 la diffamation envers les fonctionnaires publics à raison de leurs fonctions ou de leur qualité. Si donc le défunt était fonctionnaire public, l'action civile ne pourrait-elle jamais être poursuivie qu'accessoirement à l'action publique ? Les héritiers seraient-ils toujours privés, en pareil cas, du bénéfice de division et ne pourraient-ils pas se pourvoir directement et principalement devant le Tribunal civil ?

L'affirmative semble devoir être admise sans hésitation en raison même de la précision des textes.

Les héritiers d'un fonctionnaire diffamé ne pourront se pourvoir au civil séparément à l'action publique.

Mais pourraient-ils seulement en basant leur demande sur l'article 1382 du Code civil éviter les rigueurs de procédure de l'article 46 de la loi de 1881 ?

Pourraient-ils en changeant, la qualification de leur action éluder cette disposition rigoureuse ?

La doctrine s'est mise presque entièrement d'accord pour répondre par la négative. Sans doute, le rapport de M. Lisbonne a formellement déclaré que l'action civile était laissée sous l'empire du droit commun, mais il est incontestable que l'affirmation de M. Lisbonne n'a pas la portée qu'on voudrait lui attribuer. Il serait illogique et contraire aux principes établis et de la Loi sur la Presse de créer une action civile d'un genre particulier.

L'action civile résultant du délit a son fondement

dans les faits délictueux eux-mêmes et se trouve en corrélation avec l'action publique (1) ».

Nous adoptons sans hésiter cette solution, mais nous préférons dire qu'elle est conforme à l'exception au droit commun établie par l'article 46 plutôt que d'énoncer qu'elle n'est que la confirmation du droit commun. Mais il va sans dire, et nous ne saurions trop insister sur ce point, que si les héritiers d'un fonctionnaire public ont subi un simple préjudice moral des diffamations commises envers leur parent, ils peuvent, se basant sur l'art. 1382 C. Civ., agir principalement devant les Tribunaux civils. Ce que l'article 34 leur défend seulement c'est de se pourvoir par cette voie au cas où la diffamation dirigée contre leur parent les a personnellement atteints et qu'ils se trouvent diffamés avec lui. En pareil cas, leur action civile ne peut être qu'accessoire à l'action publique qu'ils exerceront devant la juridiction compétente, la Cour d'Assises en l'espèce.

§ 7. — Le pouvoir d'interprétation des Tribunaux, on le voit, est donc considérable en matière de diffamation seuls, des juges pourront dire souverainement, si tel auteur de romans a le droit d'emprunter ses personnages à la vie réelle et d'en faire un portrait trop ressemblant, si l'historien n'est pas sorti de son rôle en éclairant le passé d'une lumière parfois trop crue et trop éblouissante. Tâche difficile en raison même des rôles qu'elle attribue au juge puisqu'elle le transforme successivement en romancier, en auteur dramatique et en historien. Peut-être le législateur eut-il mieux fait de se mettre résolument à l'étude et de trancher par lui-même ces questions de liberté de la

(1) Fabreguettes. 2. II. p. 12. *op. cit.*

pensée plutôt que de les remettre aux magistrats dont les loisirs sont trop comptés pour pouvoir les examiner en détail.

Toutefois rendons hommage à la jurisprudence qui, le plus souvent, a fait une application excellente de la loi et des principes qu'elle renferme. Elle eut en particulier en 1897, à trancher une questions des droits de l'historien et elle le fit avec une sagesse qu'on ne saurait trop louer (1).

§ 8. — *L'Histoire de la Commune*, par Lissagaray, contenait à l'égard du Dr Dolbeau, chirurgien à l'hôpital Beaujon, l'imputation suivante : « Tout le monde voulait sauver un fédéré blessé. Le chirurgien Dolbeau, professeur à la Faculté fit monter ses soldats et enlever ce malheureux qu'ils fusillèrent ». Il est évident qu'ici nous sommes dans le domaine de l'Histoire, et que l'historien doit avoir la liberté la plus entière ponr apprécier selon ses vues les faits dont il prétend fixer le souvenir. Et si, de bonne foi, en historien sérieux qui n'avance rien qu'après vérification faite, qui a scruté jusqu'aux preuves et fait la critique des témoignages, Lissagaray avait avancé ce fait, personne n'aurait pu élever la voix. Mais, à la suite de troubles qui avaient interrompu son cours à la Faculté, en 1871, le Dr Dolbeau avait lui-même sollicité une enquête officieuse qui avait établi le mal fondé des reproches qu'on lui avait adressés. Le 7 mars 1892, un article anonyme paru dans *La Bataille* et, le 12 mars de la même année, un article de Séverine, paru dans l'*Eclair*, ayant renouvelé contre la mémoire du Dr Dolbeau les attaques dont il avait fait justice de son vivant M. Dolbeau fils y avait répondu dans l'*Eclair* du 15 mars.

(1) Trib. Seine 10 mars 97. D. 97. 2. 135.

Lissagaray ne pouvait ignorer tous ces faits. Les eût-il ignorés que sa culpabilité n'en aurait été que plus grave, puisqu'il aurait imprimé à la légère des attaques qui avaient été reconnues fausses depuis longtemps sans même se soucier de leur fondement. Aussi le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris n'hésitèrent-ils pas à déclarer qu'il avait outrepassé ses droits d'historien en méconnaissant ses devoirs et le condamnèrent-ils à des dommages-intérêts envers les héritiers du Dr Dolbeau, qui devaient consister dans les frais occasionnés par la suppression des passages du livre reconnus diffamatoires.

§ 9. — Mais la question n'avait été envisagée ici qu'au point de vue civil. Quelle interprétation les Tribunaux allaient-ils donner à l'article 34, et quelle attitude allaient-ils prendre dans *la répression pénale* de la diffamation envers les morts ?

Nous savons maintenant dans quel état la jurisprudence établie sous l'empire de la loi de 1819 avait laissé la question, et quelles contradictions existaient entre la Cour de Cassation et les Cours d'Appel, l'une voyant dans la diffamation envers les morts un délit, les autres en face du silence de la loi se refusant à partager cet avis et n'y voyant qu'un acte indélicat.

Il faut bien le reconnaître, l'article 34 ne tranchait pas définitivement la question, et malgré les avertissements du passé, le législateur n'avait adopté qu'une solution encore trop confuse. En disant : « La diffamation envers les morts ne sera punissable qu'au cas où elle aurait atteint l'honneur ou la considération de l'un des héritiers vivants », la loi laissait la question entière ou plutôt ne faisait que la déplacer, puisqu'elle obligeait

les Tribunaux à se demander quand la diffamation envers la mort « saisirait-elle le vif ». Aussi les controverses ne tardèrent-elles pas à naître entre les auteurs au sujet même de la diffamation envers les morts.

Les uns (1) prétendirent que ce délit n'existait plus ; que les héritiers vivants indirectement diffamés, en faisant en justice la preuve de cette diffamation, avaient une action exclusivement personnelle. Les autres, pensant que c'était rendre l'article 34 de la loi inutile que de raisonner ainsi, admirent bien que l'action de l'héritier était personnelle, mais qu'elle prenait sa source dans la diffamation dont avait souffert la mémoire du défunt.

A première vue et à lire le rapport de M. Eugène Pelletan au Sénat, il semble bien que la première opinion doive être adoptée : « Votre commission, avait-il dit, n'admet le délit de diffamation envers les morts, qu'autant qu'elle passe par dessus leur tête pour aller frapper les vivants. La loi n'a plus alors devant elle des ombres de personnes ; elle a des personnes réelles qui ont pu subir un dommage et qui ont droit à une réparation ». Et le Garde des sceaux, le 9 novembre 1881, dans une circulaire ministérielle, précisait davantage encore la portée du nouvel article 34 : « L'article 34 résout législativemen la question controversée de la diffamation envers les morts. La Cour de cassation a décidé que la diffamation pouvait résulter des seules imputations dirigées contre la mémoire des morts ; la Cour de Paris et d'autres Cours d'appel repoussaient cette doctrine. Quelques arrêts admettaient cependant un système mixte, aux termes duquel il y avait diffamation punissable dans les imputations contre les morts, toutes les fois que les héritiers

(1) Barbier, Fabreguettes *op. cit,*

étaient personnellement atteints par ces imputations, alors même qu'elles n'auraient pas été dirigées intentionnellement contre eux.

La loi a rejeté ces deux systèmes comme étant de nature à porter atteinte aux droits de l'histoire. Elle n'autorise les héritiers à poursuivre les imputations diffamatoires ou injurieuses dirigées contre leurs auteurs, qu'autant que les diffamateurs auront eu l'intention de porter atteinte à leur propre considération. *Elle repousse donc entièrement la diffamation envers les morts.* La réserve qu'elle fait au profit des héritiers ne consacre pas un droit nouveau ; elle aurait été inutile à formuler s'il n'avait fallu écarter les solutions antérieures de la jurisprudence. L'action n'est en effet, dans ce cas, que l'action personnelle de l'héritier diffamé ».

En présence de pareilles affirmations, il semble bien difficile de soutenir que la loi de 1881 n'a pas apporté de modification à la loi de 1819, et à la jurisprudence qu'elle avait engendrée. Tout au contraire, le but de l'article 34 apparaît avec une netteté saisissante. Il n'a été inséré que pour faire échec à la jurisprudence qu'avait inaugurée la Cour de cassation en 1860 dans l'affaire Dupanloup. Le législateur moderne s'est rendu compte des atteintes particulièrement graves qu'apportait aux droits de l'historien cette jurisprudence, en faisant de la diffamation envers les morts un délit dans tous les cas. C'était interdire toute révélation dans le passé et tout enseignement dans l'avenir.

L'histoire n'aurait plus été qu'une apologie continuelle, froide et sans intérêt, avec un système qui interdisait de faire savoir toute la vérité sous peine de poursuites correctionnelles. La loi de 1881 était le démenti le plus

solennel qu'on pouvait donner aux paroles du conseiller Plougoulm et aux arrêts de la Cour suprême ; c'était la liberté rendue à l'historien, c'était la vie et la chaleur rendues à l'histoire.

En même temps, le repos et l'honneur des familles se trouvaient protégés puisque toutes les fois que l'écrivain n'avait parlé d'un mort que pour inquiéter ceux qui lui avaient survécu, ceux-ci avaient, grâce à l'article 34, le moyen de se défendre et de faire réprimer le délit qui avait été commis à leur égard.

§ 10. — Le tribunal d'Agen faisait donc une sage application des principes contenus dans la loi nouvelle, lorsqu'il disait dans un jugement du 2 décembre 1886 (1) : « Attendu que le législateur de 1881 n'a jamais entendu faire de la diffamation envers les morts un délit spécial, distinct de la diffamation ordinaire ; qu'au contraire, il a voulu que les imputations dirigées contre la mémoire des personnes décédées ne puissent être poursuivies que dans le cas où, visant leurs héritiers vivants, elles constituent en réalité la diffamation ordinaire ; que la rédaction de l'article 34 ne laisse aucun doute à cet égard ; qu'en effet, au lieu d'édicter une peine contre la diffamation envers les morts, cet article a soin de dire qu'elle tombe sous l'application des textes qui définissent et répriment la diffamation des personnes vivantes... » C'était là d'ailleurs la théorie qui devait triompher dans la jurisprudence.

§ 11. — Le tribunal d'Alger l'appliqua dans le jugement qu'il rendit à la date du 22 octobre 1896 dans l'af-

(1) *Gaz. Pal.*. 87. I. 77.

faire Fouque et Delcourt (1). La Cour d'Alger la faisait également sienne dans son arrêt confirmatif du 20 février 1897, et la Cour de cassation la consacrait solennellement le 29 avril 1897 : « Attendu, disait-elle, qu'il n'est pas nécessaire que les écrits contiennent l'imputation de faits précis et déterminés contre les héritiers ; qu'il suffit que la diffamation ait été commise avec intention de nuire aux héritiers ».

§ 12. — La Cour de Paris devait presque en même temps faire une application de la même doctrine, mais en sens contraire cette fois, c'est-à-dire en acquittant l'écrivain, à l'occasion d'un procès intenté par M. Jacques Lebaudy au journal *la Libre Parole* et à son rédacteur, Edouard Drumont.

Ce dernier, ayant été acquitté par le tribunal de la Seine, M. Lebaudy avait interjeté appel. La Cour, à la date du 22 février 1897, rendait un arrêt confirmatif ainsi conçu : « Attendu que, pour que l'article 34 de la loi de 1881 reçoive son application, il faut que les auteurs aient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur des héritiers vivants ; attendu que Jacques Lebaudy n'a pas été nommé... etc..., confirme » (2).

Une pareille unanimité doit interdire toute controverse. De même que le rapport de M. Pelletan et la circulaire du Garde des Sceaux avaient précisé l'innovation que comportait l'article 34 de la loi de 1881, de même ces arrêts et jugements avaient déclaré que la diffamation envers les morts *seule* ne tombaient pas sous le coup de la loi.

(1) D. 1899, I. 25.
(2) *Gaz. Pal.*, 97, I. 393.

Il en résultait clairement, et par a contrario, que dans le cas où les héritiers se trouvaient atteints personnellement, l'écrivain avait alors commis un délit qui devait être réprimé par les Tribunaux.

Quatre éléments sont donc aujourd'hui nécessaires sous l'empire de la loi qui régit actuellement les droits de l'histoire pour que la révélation du passé puisse devenir un délit. Il faut : 1° une allégation de nature à porter atteinte à la considération de la personne décédée, 2° une atteinte à l'honneur personnel des héritiers par suite de cette allégation, 3° une intention de nuire aux héritiers (élément indispensable à l'existence de tout délit), 4° une publication de cette allégation par l'un des moyens spécifiés dans les articles 23 et 28 de la loi de 1881. Quant à l'injure, les éléments du délit doivent être modifiés en tenant compte, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, de la définition donnée par l'article 29.

§ 13. — Nous n'avons pas à reprendre ici chacun des éléments qui constituent pour l'historien le délit de diffamation.

La publicité ne demande, en effet, aucune explication particulière non plus que le caractère injurieux ou diffamatoire de l'allégation qui a pu être avancée. Nous devons seulement nous demander quand on peut dire qu'il y a eu de la part de l'écrivain intention de nuire à l'honneur et à la considération des héritiers.

A vrai dire, cette question en renferme deux auxquelles nous devrons donner une solution séparée :

1° celle de l'intention nuisible ;

2° celle de la détermination des parents qu'il faut comprendre sous le qualificatif légal « d'héritiers ».

Et d'abord, qu'est-ce que cette intention de nuire à l'honneur et à la considération des héritiers, dont la preuve, bien entendu, leur incombe en justice?

C'est la connaissance que l'écrivain a eue avant la publication de son livre du préjudice matériel ou moral qu'il allait causer aux héritiers. Toute autre définition nous paraît impossible et la Cour d'Alger qui, dans l'arrêt du 20 février 1897, que nous avons cité plus haut, l'a repoussée s'est bien gardé d'en donner une autre.

Dans cette affaire, Fouque et Delcourt, la mémoire des dames Daniloff avait été diffamée dans le journal « *Le Petit Oranais* » qui publiait sous forme de roman-feuilleton, un compte-rendu plutôt fantaisiste d'une affaire criminelle jugée quelques années auparavant par la Cour d'Assises et connu sous le nom de drame d'Aïn-Vezza. On y représentait la mère et l'aïeul des plaignants comme ayant joué un rôle d'une immoralité révoltante. Le Tribunal, en condamnant le prévenu, avait mis dans ses attendus : « qu'il n'est pas nécessaire que le diffamateur ait eu pour but de nuire aux héritiers de la personne diffamée, qu'il suffit qu'il ait eu connaissance qu'il allait leur porter préjudice », mais la Cour tout en confirmant la sentence crut modifier les « attendus » des premiers juges. « Attendu, dit-elle, que si en cas de diffamation envers les morts, l'intention de nuire aux vivants est constitutive du délit, il n'en résulte pas que cette intention de nuire, soit cette intention spéciale qui résulte de la connaissance que le diffamateur a eu du préjudice qu'il allait causer aux héritiers vivants en portant atteinte à leur honneur et considération... »

La Cour bornait là son opinion et après avoir repoussé la définition du Tribunal ne la remplaçait par

aucune autre. C'est que le Tribunal avait vu juste et avait en réalité donné une définition de l'intention de nuire qui allait être adoptée par la jurisprudence toute entière.

Le Tribunal de la Seine notamment la reprenait à la date du 5 décembre 1895 en déclarant : « que l'intention de nuire est caractérisée par ce fait que l'auteur a eu conscience des conséquences préjudiciables que son acte pouvait entraîner. ».

La charge de la preuve de cette intention de nuire, avons nous déjà dit, incombe aux héritiers qui se prétendent diffamés. C'est là encore une innovation de la loi de 1881 qui résulte des expressions mêmes de l'article 34 et spécialement des mots : « *auraient eu* l'intention ».

Autrefois, en effet, la jurisprudence avait admis la présomption de l'intention de nuire chez le diffamateur ou l'insulteur. Il résultait de cette présomption que la preuve de la bonne foi incombait au prévenu contrairement à toutes les règles de notre droit pénal. Il ressort, au contraire, de la forme conditionnelle du nouvel article 34 que pour la diffamation et l'injure contre la mémoire des morts, le plaignant devra faire la preuve que le diffamateur ou l'insulteur a eu l'intention de nuire. A défaut de cette preuve, le prévenu devra être renvoyé des fins de la plainte. (1)

Mais il est bien certain que les juges du fond auront un pouvoir souverain d'appréciation pour décider si cette intention nuisible existe ou n'existe pas. Il est évident qu'elle sera d'autant plus facilement admise que la vie de la personne diffamée aura été plus modeste et qu'elle sera plus facilement écartée lorsque le défunt aura eu une vie publique agitée et une influence politi-

(1) Sic. Faivre et Benoit, Lévy-Bazille et Constant, *Op. cit.*

que importante car si l'histoire doit négliger les uns elle doit au contraire s'attacher aux autres.

§ 14. — Quand les héritiers pourront-ils se déclarer visés par la diffamation dirigée contre la mémoire de leur ancêtre ? La question ne se posera pas lorsqu'ils auraient été nommément désignés par l'écrivain mais ce cas sera en général le cas le plus rare (1). Le plus souvent, l'historien ne s'occupera que du défunt et ne désignera pas ses héritiers en supposant même qu'il leur porte intentionnellement préjudice. En pareil cas, si les circonstances de la cause démontrent que l'auteur des outrages a eu l'intention d'atteindre les héritiers vivants eux-mêmes, les tribunaux se montreront très larges dans la recevabilité de leur action.

Ainsi l'imputation faite à un mort d'avoir usurpé un titre nobiliaire, s'il est démontré que l'auteur de cette imputation a été guidé par une intention malveillante à l'égard des héritiers auxquels ce titre a été transmis autoriseraient ceux-ci à exercer une action en diffamation Car c'est les diffamer personnellement que de leur imputer indirectement de porter un titre qui en réalité ne leur appartiendrait pas.

Le fait de rappeler, dans le but de nuire à la considération des héritiers, une condamnation judiciaire qui aurait été encourue par leur auteur, donnerait également ouverture à l'action personnelle des héritiers. Mais en pareil cas, y a-t-il diffamation ou injure ?

Nous leur accorderons sans hésiter l'action en diffamation, car si en apparence le fait semble ne pas les concerner personnellement, ce n'en est pas moins révéler leur

(1) Lyon, 9 avril 1881, *Monit. jud.*, 15 février.

origine et faire allusion à un fait précis qui concerne leur famille ; c'est donc bien une diffamation indirecte commise à leur égard.

Passons maintenant à notre seconde question et demandons-nous quelles personnes se trouvent comprises sous le qualificatif « d'héritiers » employé par la loi ? Faudra-t-il, pour pouvoir agir, être véritablement héritier, ou suffira-t-il d'être successeur irrégulier ? Faudra-t-il avoir accepté la succession, ou l'héritier renonçant aura-t-il les mêmes droits que l'héritier acceptant ? Enfin, quand il y aura plusieurs héritiers de degrés différents, auront-ils tous concurremment l'action, ou au contraire le plus proche en degré pourra-t-il seul porter plainte ?

Ce sont là des questions que nous avons déjà rencontrées, car elles s'étaient déjà posées sous l'empire de la loi de 1819. Le législateur de 1881 a-t-il oublié les controverses de la jurisprudence et a-t-il préféré s'en remettre aux Tribunaux ? on ne saurait le dire. Un fait est certain en tout cas, c'est qu'il n'a point expliqué la signification qu'il entendait donner au mot « héritiers » dont il se servait.

Les auteurs et à leur suite, les Tribunaux, se sont divisés sur cette question. Quelques-uns (1) ont pensé qu'il fallait donner au mot « héritier » un sens restreint et que si le mort diffamé ou injurié avait laissé plusieurs héritiers à des degrés différents, ceux du degré le plus proche avaient seuls l'action diffamatoire.

Le Tribunal correctionnel d'Albi partagea cette manière de voir dans un jugement rendu le 2 août 1884 dans une affaire Grimaud contre Poirier, et le journal *La Souveraineté du Peuple*. Mais la grande majorité des auteurs a re-

(1) Faivre et Benoit-Lévy.

poussé cette opinion et nous ne saurions que les approuver.

Le droit de préférence des héritiers du degré le plus proche se concevait lorsque l'action avait pour objet de venger la mémoire du mort. Mais aujourd'hui qu'elle ne peut être basée que sur le tort causé aux héritiers personnellement, tous ceux auxquels est portée cette atteinte directe doivent à quelque degré qu'ils se trouvent, jouir du droit d'en demander réparation.

Par suite, l'héritier qui a renoncé à la succession peut, puisqu'il s'agit d'une action personnelle, poursuivre la diffamation qui l'a frappé d'une manière indirecte.

Il en sera de même du conjoint survivant ; et quant aux enfants naturels, on ne saurait leur discuter le droit de porter plainte depuis que la loi de 1896 les a transformés de successeurs irréguliers qu'ils étaient en héritiers légitimes.

§ 15. — Reste enfin une dernière question. La loi de 1881 a établi une distinction formelle entre la diffamation commise à l'égard des fonctionnaires et celle qui s'adresse aux simples particuliers. La première est de la compétence de la Cour d'Assises et est susceptible d'être prouvée par tous les moyens possibles. De plus, elle est, de par les articles 30 et 31, punie plus sévèrement que la seconde. Celle-ci, au contraire, est de la juridiction du Tribunal correctionnel et n'est susceptible d'aucun mode de preuve. Il en résulte qu'en pareil cas, la diffamation entraîne pour son auteur fatalement et presque mécaniquement une condamnation quand bien même il n'aurait fait que dévoiler la vérité.

Comment ces distinctions s'appliqueront-elles lorsqu'on

agira en vertu de notre article 34 ? Faudra-il, pour trancher ces questions de compétence, de preuve ou de pénalité envisager seulement la personne de l'héritier ? Devra-t-on au contraire, considérer celle du défunt ? « Il arrivera souvent, écrit M. Fabreguettes, que les héritiers atteints par la diffamation contre la mémoire d'un fonctionnaire ou d'un homme public décédé seront des particuliers. Ils ne sont fondés, en vertu de l'article 34, à actionner devant la justice répressive qu'autant qu'ils sont frappés personnellement. La conséquence aurait dû être de donner juridiction aux Tribunaux correctionnels.

Néanmoins, on comprend que dans l'intérêt de la moralité publique, le législateur ait voulu que le débat pût être complet. On peut dire alors que le procès sera fait au cadavre.

S'il n'y avait pas indivisibilité ou connexité entre les imputations concernant le défunt et celles qui atteignent les héritiers, ceux-ci seraient fondés, comme simples particuliers, à exercer l'action civile leur compétant et à la porter à leur choix devant le Tribunal correctionnel ou le Tribunal civil ».

CHAPITRE V

LE DROIT DE RÉPONSE DES HÉRITIERS

§ 1. — Ayant envisagé les diverses questions auxquelles donnent lieu la diffamation envers les morts sous l'empire de la législation actuelle, il nous reste, pour être complet, à étudier ce qu'on a appelé en doctrine et en jurisprudence : le droit de réponse. C'est le droit qui appartient, en vertu de l'article 13, à toute personne nommée ou simplement désignée dans un journal ou écrit périodique, de faire insérer dans la publication où elle a été nommée, une réponse à l'article qui a parlé d'elle. Ce droit avait été créé par l'article 11 de la loi du 25 mars 1822; mais à cette époque, son application était limitée aux personnes vivantes. Il semblait bien, en effet, en face du silence de la loi, que les héritiers d'une personne décédée qui avait été nommée ou désignée, ne pouvaient user du droit de réponse en ce qui concernait leur auteur.

La question, d'ailleurs, ne fut point portée à notre connaissance devant les Tribunaux, tant sa solution paraissait certaine.

Le législateur de 1881 voulut préciser les droits que les héritiers pourraient avoir en pareil cas et M. Eugène Pelletan fit ajouter à l'article 34 un paragraphe ainsi

conçu : « Ceux-ci (les héritiers) pourront toujours user du droit de réponse prévu par l'article 13 ». L'article ainsi complété donnait, d'après lui, « satisfaction au respect qu'on doit à la famille et à celui qui est dû à l'histoire ».

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que, pour que ce second paragraphe reçoive son application, il fau, que le défunt ait été visé dans des écrits périodiques.

Cela résulte du renvoi à l'article 13, qui n'établit le droit de réponse que dans ce cas. Il en résulte que le domaine d'application du deuxième paragraphe de l'article 34 est moins étendu que celui du premier, l'injure ou la diffamation pouvant se commettre de bien d'autres façons que par la voie des journaux ou des revues.

§ 2. — Mais cette remarque une fois faite, il est curieux de constater que des difficultés se produisent sur l'interprétation même de ce deuxième paragraphe de l'article 34. Elles proviennent du mot *toujours* qui se trouve inséré dans le texte. Certains auteurs admettent, en effet, que le défunt continue de jouir dans la personne de ses héritiers du droit de réponse qui lui appartenait de son vivant, et que, en conséquence, ses descendants pourront en user, même quand l'écrit périodique où il aura été parlé du défunt ne contiendra ni injure, ni diffamation. Ce serait, d'après eux, ce que signifierait le mot *toujours*.

Mais n'est-il pas manifeste que cette interprétation donne à la disposition finale de l'article 34 une portée qui dépasse singulièrement le but que s'est proposé le législateur : donner à la fois satisfaction au respect qu'on doit à la famille et à celui qui est dû à l'histoire?

Ne semble-t-il pas que, pour être sainement interprété,

ce deuxième paragraphe doive être rapproché du premier, et que le législateur, dans les deux cas, n'ait envisagé que l'hypothèse où l'imputation dirigée contre le défunt aurait été diffamatoire ou injurieuse ? Le véritable commentaire des deux parties de cet article serait donc bien celui-ci ; la diffamation envers les morts n'existe plus en tant que délit. Elle n'est susceptible d'une répression pénale qu'au cas où l'héritier a été atteint personnellement dans son honneur. Mais *toujours*, c'est-à-dire même dans le cas où l'héritier n'a pas été atteint personnellement, *et pourvu que l'écrit publié soit diffamatoire à l'égard du défunt*, l'héritier pourra user du droit de réponse.

C'est bien là le système que la circulaire ministérielle du 9 novembre 1881 semblait indiquer à la magistrature : « L'article 34, y était-il dit, accorde cependant par une disposition nouvelle aux héritiers *qui ne sont pas diffamés personnellement*, lorsqu'il s'agit d'écrits périodiques ou de journaux, une faculté qui sauvegarde leurs intérêts, tout en respectant les franchises de l'écrivain.

Ils pourront user du droit de réponse réglé par l'article 13 pour repousser les imputations dirigées contre la mémoire de leurs auteurs, *alors même qu'ils n'auraient été ni nommés, ni désignés personnellement* ».

Mais si l'on se place au point de vue pratique, tout le monde alors est d'accord pour reconnaître au système qui limite le droit de réponse au cas où le défunt a été diffamé, tous les avantages. C'est ainsi que MM. Faivre et Benoit-Lévy, partisans de l'opinion contraire à la nôtre, ont pu dire : « Nous donnons cette interprétation parce que c'est celle qui paraît résulter nécessairement de l'emploi du mot *toujours*. Mais nous ne l'approuvons pas

et nous espérons que la jurisprudence saura limiter ce droit excessif qui entraverait et annihilerait la liberté de critique qui est l'apanage de l'historien. Nous ne pouvons trop engager les plaideurs et les magistrats à se bien pénétrer des paroles de M. Pelletan. Ils y trouveront certainement la preuve que le mot *toujours* a trahi la pensée de la commission, de son rapporteur et du Parlement tout entier ».

Il faut avouer que ces paroles sont bien singulières, et que le conseil donné par les auteurs aux Tribunaux est bien étrange, puisqu'il ne tend rien moins qu'à leur faire adopter une solution qui, d'après eux, serait contraire à la loi. Nous avons démontré l'erreur de MM. Faivre et Benoit-Lévy et nous avons vu qu'il donnaient au droit de réponse des héritiers une extension que rien ne justifiait.

Les inconvénients de leur système seraient, en effet, très grands pour l'écrivain dont la liberté se verrait ainsi gravement compromise.

Sans doute, les journaux ou les revues périodiques *seuls* pourraient être l'objet des réclamations des héritiers et pourraient être contraints d'insérer leur réponse (1) ; mais que de livre d'histoires n'ont d'abord vu le jour que comme articles de revues ou de journaux ; que d'écrivains n'ont bien souvent publié des ouvrages qu'en réunissant les pensées qu'ils avaient données au jour le jour aux lecteurs de publications périodiques ! Tous les grands écrivains du siècle n'ont-ils pas ainsi procédé? et pour ne citer que les disparus ; Saint-Beuve, Taine et Sarcey n'ont-ils pas d'abord fait

(1) Cela résulte formellement du renvoi contenu dans l'article 34 à l'article 13. Cet article 13 ne prévoit le droit de réponse entre vivants « qu'au cas de publication périodique » c'est qu'en effet pour *répondre* il faut qu'il y ait *continuité dans la publication.*

passer par la voie du journal ou de la revue, l'article qui devait prendre sa place définitive dans un de leurs ouvrages ? M. le conseiller Le Grix a fort judicieusement présenté à la Cour de Cassation les inconvénients du système que nous combattons dans une affaire récente sur laquelle nous reviendrons par la suite (2). « De sorte que, disait-il, l'héritier de toute personne défunte, que celle-ci eût appartenu au commun des mortels, ou qu'elle soit au nombre des personnages dont l'histoire s'occupe pourra, à propos de tout article de blâme ou de louange, par cela seulement que le nom de son auteur se sera rencontré sous la plume du journaliste, exiger l'insertion d'une réponse,

La loi a-t-elle entendu concéder aux héritiers le droit de réponse jusqu'à cette limite extrême ? Ce droit est un moyen de défense ; il est donné à toute personne dans son intérêt privé, il est juste, il est légitime. Lorsqu'il s'agit de personnes défuntes depuis un temps plus ou moins long dont la vie, dont les actions appartiennent à l'histoire, et qui par le rôle qu'elles ont joué, l'influence qu'elles ont eue sur les évènements sont nécessairement soumises aux appréciations divergentes de la postérité, peut-on dire que leurs héritiers successifs auront indéfiniment et à toute époque, à la moindre occasion, la faculté d'intervenir, de discuter, de contredire, d'approuver, de donner des détails et de faire insérer ce qu'il leur aura plu d'écrire ? Et si l'on suppose un article relatif à des faits historiques où seraient inscrits les noms d'hommes de guerre, d'hommes d'Etat, de personnages politiques, l'écrivain journaliste n'aurait-il point à redouter la multi-

(2) Affaire de Bourmont contre Judet et le *Petit Journal. Recueil Gaz. Trib. I.* — 21 juin 1900.

plicité des réclamations des éclaircissements ou des approbations, et l'envahissement progressif et quotidien de son journal par ces réponses épistolaires ?

Telle est cependant la conséquence de la thèse soutenue par le défendeur au pourvoi comme par l'arrêt attaqué, si l'héritier du défunt a au même titre qu'une personne vivante nommée ou désignée, le droit de réponse et si l'on interprète le deuxième paragraphe de l'article 34 comme étendant à l'héritier d'une personne défunte le droit inscrit dans l'article 13 ». Et M. l'avocat général Feuilloley, devant la même Cour, adoptait dans ses conclusions l'avis de M. le Conseiller Le Grix : « Adopter la thèse du droit absolu de réponse, disait-il, ce serait à brève échéance tuer le journalisme dans ce qu'il a de plus honorable, le journalisme historique, celui d'une foule de revues justement estimées ». Et pour bien faire saisir les conséquences pratiques du système qu'il combattait, M. l'avocat général prenait un exemple pratique qui devait, par son actualité même, frapper l'esprit des magistrats.

« Voit-on les innombrables journaux qui ont rendu compte de l'*Aiglon* obligés, à propos de la scène capitale du duc de Raguse qu'ils ont mise en relief, d'accueillir les réponses des héritiers de ce dernier ? »

Texte de la loi, travaux préparatoires, circulaire ministérielle, exigences de la liberté, tout aboutit donc à la même solution : *qu'il faut, pour que les héritiers aient le droit de réponse, que le défunt ait été diffamé ou injurié sans que — et c'est le sens du mot « toujours » — l'auteur de la diffamation ait eu l'intention de nuire à l'honneur et à la considération des héritiers.*

§ 3. — La jurisprudence ne s'est, à notre connaissance, prononcée que deux fois sur cette question et c'est la Cour de Paris qui, les deux fois, fit entendre son avis. Elle adopta la théorie que nous avons combattue et se prononça pour la généralité absolue du droit de réponse de l'héritier. La première fois, ce fut en 1885. Elle motiva ainsi sa décision : « Considérant qu'un article de la *Revue Politique et Littéraire* contient une appréciation sur M. M*** père ; que son fils a le droit de réponse, que ce droit de réponse est absolu, et ne dépend nullement de la nature des appréciations contenues dans l'article incriminé.... etc. » (1)

§ 4. — La seconde affaire est toute récente et son souvenir est encore dans toutes les mémoires. Nous l'avons déjà fait connaître , c'est le procès qu'intenta la famille de Bourmont au gérant du *Petit Journal*, M. Lasseur et à son rédacteur en chef, M. Judet.

Voici comment M. le Conseiller Le Grix présentait à la Cour de Cassation les faits qui y avaient donné lieu :

« M. Lasseur, Jean-Marie, 48 ans, gérant du *Petit Journal*, s'est régulièrement pourvu, le 16 novembre 1899, contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 novembre 1899 qui l'a condamné : 1° à 16 francs d'amende ; 2° à insérer dans le *Petit Journal* une réponse faite par le professeur Louis de Bourmont, petit-fils et héritier du général de Bourmont, à un article paru dans ce journal le 15 mars 1899 et intitulé : « Les Secrets militaires » ; 3° à payer audit sieur de Bourmont, partie civile, 1 franc de dommages-intérêts, et ce en vertu des articles 34 et 13 de la loi du 29 juillet 1881.

(1) Paris, 7 juillet 1885, *Gaz. Pal.*, 85-2-374.

Cet arrêt a, sur l'appel du ministère public et de la partie civile, réformé un jugement du Tribunal de la Seine en date du 17 mai 1899, qui avait décidé, au contraire, que le gérant du *Petit Journal* n'était pas tenu légalement de faire cette insertion.

L'auteur de l'article du 15 mars 1899 avait, dans un exposé de vues théoriques sur l'espionnage et la trahison, inséré ces phrases que j'extrais de la requête même de Louis de Bourmont : « La campagne de 1815.. présente deux cas « saisissants de trahison, l'un d'ordre stratégique, l'autre « d'ordre tactique. J'en emprunte le récit au livre consi- « dérable que vient d'écrire M. Henry Houssaye.

» Voici d'abord le général de Bourmont passant à l'en- « nemi au moment où les avant-gardes vont s'enga- « ger... »

Le 17 mars 1899, M. de Bourmont invita M. Judet, auteur de l'article, à insérer sa réponse.

Satisfaction ne lui ayant pas était donnée, il assigna M. Lasseur, gérant du *Petit Journal*, devant le Tribunal correctionnel pour le faire contraindre à cette insertion ».

Le Tribunal de la Seine, à la date du 17 mai 1899, rendit son jugement par lequel il déclarait que le droit de réponse ne s'appliquait que dans l'hypothèse précise du premier paragraphe de l'article 34 (1). C'était là d'après nous, une erreur absolue qui faussait complètement le texte de la loi en enlevant au mot *toujours* le sens que le législateur avait voulu lui donner. La Cour d'appel de Paris fut saisie du procès et le 15 novembre 1899, elle rendit un arrêt qui consacrait la théorie qu'elle avait déjà adoptée en 1885. Pour elle, le droit de réponse conféré à

(1) *Gaz. des Tribunaux*, 18 mai 1899.

l'héritier par l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881, était le même que celui de l'article 13 de la même loi et donnait à l'héritier le droit de répondre toutes les fois que son auteur avait été simplement nommé ou désigné.

Voici au surplus le texte même de l'arrêt qu'il importe de connaître exactement pour en apprécier la valeur (1).

La Cour,

En ce qui touche la prévention :

Considérant que dans son numéro du 15 mars 1899, le journal *Le Petit Journal* a publié sous la signature de Judet un article intitulé « Les secrets militaires », dans lequel se trouvent les passages suivants : « La campagne de 1815 terminée à Waterloo présente deux cas saisissants de trahison, l'un d'ordre stratégique, l'autre d'ordre tactique. J'en emprunte le récit au livre considérable que vient d'écrire M. Henry Houssaye. Voici d'abord le général de Bourmont passant à l'ennemi au moment ou les avant-gardes vont s'engager... Voici maintenant la trahison peut-être encore plus odieuse consommée sur le champ de bataille... » ; que le 28 du même mois, par exploit de D., huissier à Paris, Louis de Bourmont, petit-fils et héritier du général de Bourmont et se prévalant, à ce titre, des dispositions de l'art. 34 de la loi du 29 juillet 1881, a fait sommation à Lasseur, gérant du *Petit Journal*, d'insérer, en réponse aux passages ci-dessus rapportés, une lettre dont la modération et la convenance ne sont d'ailleurs pas contestées et dans laquelle il s'attache à défendre la mémoire de son grand-père ; que cette sommation est restée sans effet ; que pour justifier son refus d'insertion,

(2) *Gaz. Pal.*, 7 décembre 1899.

Lasseur soutient que l'article du 15 mars 1899 est une étude théorique sur l'espionnage et la trahison ; que les allusions à la conduite du général de Bourmont en 1815 n'y ont été amenées que pour les besoins de la discussion ; qu'elles n'ont été inspirées par aucune intention de nuire, soit au demandeur, soit même à la mémoire du général de Bourmont ; qu'elles ne constitueraient, dès lors, ni diffamation, ni injure au sens légal, et ne sauraient, en conséquence, donner ouverture à l'exercice du droit de réponse prévu par l'art. 34 de la loi du 29 juillet 1881.

Considérant, il est vrai, qu'il résulte de la lecture de l'écrit en question et de toutes les circonstances de la cause, qu'en invoquant l'exemple du général de Bourmont, Judet n'a fait qu'user légitimement du droit, incontesté, appartenant à tout écrivain, de rappeler les actions d'un personnage historique, de les discuter et de les apprécier selon ses vues ; mais qu'il importe peu, en ce qui touche le droit de réponse, que nul reproche ne puisse être adressé au journaliste ; qu'en effet, le droit de réponse ne suppose pas un délit ou un quasi-délit commis par l'écrivain ; qu'il est fondé sur l'intérêt présumé qu'a la personne nommée ou l'héritier de celle-ci à réfuter les imputations produites, et que cet intérêt est le même, quels que soient la légitimité de ces imputations ou le mobile qui les a dictées ;

Considérant qu'aussi la loi n'a fait aucune distinction, même en ce qui concerne les héritiers ; qu'après avoir disposé que les art. 29, 30 et 31 ne sont applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auront eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vi-

vants, l'art. 34 de la loi du 29 juillet ajoute dans son second paragraphe : « ceux-ci pourront toujours user du droit de réponse prévu par l'art. 13 » ; que le terme « toujours » n'est conciliable avec aucune exception ou restriction ; qu'au contraire, le droit de réponse ainsi conféré dans tous les cas à l'héritier est, aux termes exprès dudit art. 34, celui-là même qui est prévu par l'art. 13, au profit des personnes vivantes, lequel est général et absolu et appartient à toute personne nommée ou désignée ; qu'il suit de là que l'héritier a le droit de réponse toutes les fois que son auteur a été nommé ou désigné ; qu'ainsi, en n'insérant pas dans les trois jours à partir de la sommation du 28 mars 1899 la réponse de Louis de Bourmont, Lasseur a commis le délit prévu et puni par l'art. 13 de la loi du 29 juillet ; qu'il y a lieu, toutefois, vu les circonstances atténuantes de la cause, de le faire bénéficier des dispositions de l'art. 463 C. pén. rendu applicable en la matière par l'art. 64 de la loi du 29 juillet 1881 ;

Sur les conclusions de la partie civile tendant à 1 franc de dommages-intérêts et à l'insertion du présent arrêt dans quinze journaux.

Considérant qu'à raison du caractère irréprochable de l'article du 15 mars 1899, la seule réparation qui soit due à la partie civile est celle du préjudice résultant pour elle de refus d'insertion de sa réponse ; que ce préjudice existe, que la Cour a les éléments nécessaires pour en apprécier l'importance et en fixer la valeur à 1 franc, mais qu'il n'échet d'ordonner les insertions demandées du présent arrêt ;

Par ces motifs,

Infirme le jugement, et statuant à nouveau ;

Condamne Lasseur à 16 francs d'amende ;

Dit que, dans les trois jours à partir de celui où le présent arrêt sera devenu définitif, Lasseur sera tenu d'insérer la réponse de Louis de Bourmont, telle qu'elle est contenu dans la sommation du 28 mars 1899, et ce, à la même place et en mêmes caractères que l'article susvisé du 15 du même mois.

M. Jambois, av. gén. — Mes Falateuf et du Buit, avocats ».

Cet arrêt ne manqua pas comme bien l'on pense de soulever de vives controverses. Les uns l'approuvèrent sans réserve trouvant que la jurisprudence de la Cour de Paris, en même temps qu'elle faisait une parfaite application de la loi, servait les intérêts de l'historien. Celui-ci, d'après eux, restait toujours libre de dire ce qu'il pensait être la vérité sur les faits passés, alors qu'il ne cherchait point à diffamer les héritiers des personnanges auxquels il faisait jouer un rôle historique. Ce droit général et absolu dé reponse, loin de nuire aux écrivains, devait avoir au contraire pour effet de susciter la contradiction d'où jaillirait peut-êtrela lumière sur des faits souvent très discutés et très diversement appréciés.

§ 5. — Néanmoins un parti plus important encore trouvait que la Cour de Paris avait eu tort de généraliser ainsi un droit limitativement accordé et sur ses conseils, M. Lasseur se pourvut en cassation. M. le conseiller Le Grix se prononça nettement dans son rapport contre la doctrine de l'arrêt de la Cour de Paris. Nous ne saurions mieux faire que de citer ses propres paroles qui sont de nature à intéresser puissamment le monde des lettres et en particulier celui des historiens.

Elles font, en effet, honneur au jurisconsulte qui les

fit entendre, car il est difficile d'apporter dans l'étude d'une question aussi délicate plus de finesse dans l'interprétation et plus de logique dans le raisonnement : « Le mémoire du demandeur au pourvoi, disait-il, pose en fait que M. Judet l'auteur de l'article, n'a eu l'intention ni d'injurier ni de diffamer le général de Bourmont ; qu'en relatant, d'après le livre de M. Henry Houssaye, la conduite de ce général le jour de la bataille de Waterloo, il a seulement entendu donner à sa thèse l'appui d'un exemple historique.

En suite de cette constatation de fait, le demandeur au pourvoi précise ainsi la question à résoudre : « Le droit de réponse appartient-il aux héritiers par cela seul que leur auteur a été nommé ou désigné dans un article de journal ou écrit périodique, ou bien n'ont-ils ce droit qu'au cas où la mémoire de leur auteur est l'objet, dans cet article, d'une diffamation ou d'une injure ? »

Le demandeur soutient que c'est dans le deuxième cas seulement que l'héritier a le droit de réponse.

L'article 13 de la loi du 29 juillet ne donne ce droit qu'à la personne même nommée ou désignée dans un journal ou écrit périodique, et cet article 13 ne parle point des héritiers de cette personne ; donc, en principe, le droit de réponse ne leur appartient pas.

Toutefois, la loi s'est préoccupée du cas où l'auteur d'un article de journal diffamerait la mémoire d'une personne défunte en vue de porter atteinte à l'honneur et à la considération de ses héritiers vivants. Il y a dans ce cas un délit ; et, aux termes de l'article 34, les héritiers vivants peuvent en demander la répression en vertu des articles 29, 30, 31. Si la diffamation envers la mémoire du mort n'a pas été faite dans l'intention de déconsidérer les

héritiers vivants, la condition essentielle du délit n'existe plus, et dans ce cas, les héritiers n'ont que le droit de réponse. C'est donc, dit le demandeur, dans le seul cas où la mémoire du défunt a été diffamée avec ou sans intention d'atteindre ses héritiers, que ceux-ci ont le droit de réponse. Or, dans l'espèce, comme il est constant et reconnu, d'ailleurs, par la décision attaquée, que Judet n'a point eu l'intention de porter atteinte à la considération du général de Bourmont, son héritier, Louis de Bourmont, ne pouvait exiger l'insertion de la réponse qu'il a cru devoir faire à la publication de l'article.

Pour soutenir cette thèse, le demandeur invoque tout à la fois et la lettre même et l'esprit de la loi.

Ce droit des héritiers est inscrit dans l'article 34 qui prévoit un cas spécial : la diffamation commise envers la mémoire d'une personne défunte ; c'est donc pour ce cas seulement que le droit de réponse leur a été accordé. Le mot *toujours* inscrit dans le deuxième paragraphe de cet article se rapporte aux deux cas qu'il prévoit, et, loin de conférer un droit absolu et général de réponse aux héritiers, cet article leur permet seulement de répondre à un écrit qui diffame la mémoire de leur auteur, soit que cette diffamation ait été faite pour leur nuire à eux-mêmes, soit que l'auteur de l'écrit n'ait point entendu les atteindre.

Enfin, le demandeur invoque l'esprit de la loi qui a entendu réagir contre la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Antérieurement à la loi de 1881, cette jurisprudence ne distinguait pas, au point de vue de la diffamation, entre les vivants et les morts. Qu'elle s'adressât aux uns ou aux autres, elle était également punissable.

La loi nouvelle a voulu, au contraire, assurer la prépondérance aux droits de l'histoire sur les intérêts particuliers. Comme l'action pénale est maintenant limitée au cas où la diffamation envers le mort tend à déconsidérer les héritiers vivants, de même ces héritiers n'ont que le droit de réponse restreint au cas où leur auteur a été l'objet d'une diffamation ou d'attaques injurieuses. Hors de ces deux cas, la loi nouvelle n'accorde point aux héritiers le droit de réponse que l'article 13 a édicté en faveur des personnes vivantes nommées ou désignées dans un article de journal. »

Et plus loin, il ajoutait : « Ecartons tout d'abord cette considération que le droit absolu de réponse, aujourd'hui réclamé, peut servir les intérêts de la vérité historique.

En dehors du droit de réponse, il est d'autres moyens de rectifier les erreurs commises. Ce droit est, on ne saurait trop le répéter, une arme défensive. Il sert pour protester contre une assertion, pour se défendre contre une imputation, mais il n'est pas un instrument de contrôle, ni d'investigation assez impartialement manié pour être utile à l'historien ».

La Cour de Cassation rendit son arrêt dans son audience du 4 mai 1900. Elle adopta complètement la théorie de droit que lui avait développée son rapporteur et par là, elle fit échec à la théorie de la Cour de Paris.

Pour elle, le sens du mot *toujours* n'avait qu'une portée limitée au cas prévu par le paragraphe 1er de l'article 34, et elle exigeait pour que les héritiers aient le droit de réponse, que leur auteur ait subi une atteinte quelconque à son honneur.

Sur ce point spécial, elle affirmait sa conviction avec

une entière énergie. Mais elle rejeta le pourvoi formé par le gérant du *Petit Journal* par une raison qu'elle tira de la cause. Il y avait eu, d'après elle, dans l'article de M. Judet, une diffamation à l'égard de la mémoire du Maréchal de Bourmont, ou tout au moins une atteinte à sa mémoire et en condamnant Lasseur pour des motifs absolument contraires à ceux par lesquels la Cour de Paris l'avait condamné, elle ébranlait la théorie qu'elle avait voulu édifier. Elle avait, en effet, proclamé le droit de l'historien ; elle avait solennellement décidé que là où il n'y avait pas diffamation, il ne pouvait y avoir réponse ; mais en trouvant diffamatoire un article purement historique que les premiers juges avaient trouvé parfaitement correct, elle édifiait une théorie qui, en fait, aboutissait aux mêmes résultats que celle qu'elle avait précisément combattue.

Déeormais, dans tous les cas, l'historien allait pouvoir être poursuivi par l'application du droit de réponse, puisque toute allégation allait devenir pour la Cour de Cassation une diffamation. Théorie d'autant plus dangereuse qu'elle érigeait les magistrats en censeurs de la pensée et en critiques de l'histoire ; d'autant plus anti-juridique qu'elle saisissait la Cour de Cassation des questions de fait alors qu'elle ne doit, de par sa constitution même, connaître que des questions de droit.

§ 6. Voici le texte exact de cet arrêt dont nous approuvons pleinement la théorie juridique, mais dont nous critiquons les appréciations qu'il renferme au sujet des faits de la cause. Par suite de la contradiction entre le droit et le fait dont il est entaché il laisse en suspens une question qui avait été remarquablement exposée à la Cour suprême et que celle-ci aurait dû définitivement trancher dans l'intérêt des historiens :

« La Cour ;

« Sur le moyen unique du pourvoi pris de la fausse application des articles 34 et 13 de la loi du 29 juillet 1881 en ce que l'arrêt attaqué a déclaré que l'héritier d'une personne décédée avait, lorsque cette personne a été nommée ou désignée dans un journal ou écrit périodique, le droit de réponse général et absolu conféré par l'article 13 de ladite loi à toute personne vivante nommée ou désignée dans un journal ou publication périodique ;

« Attendu que l'article 34 précité est ainsi conçu : « Les articles 29, 30 et 31 ne seront applicables aux diffamations et injures dirigées contre la mémoire des morts, que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants. Ceux-ci pourront toujours user du droit de réponse prévu par l'article 13 » ;

« Attendu que *ce droit de réponse* spécialement accordé aux héritiers par le second paragraphe de l'article 34 *est étroitement limité* par les termes mêmes de l'article *aux cas prévus par le premier paragraphe* ; que les héritiers de personnes *contre la mémoire desquelles des diffamations ou injures ont été dirigées*, *peuvent seuls* user du droit de réponse en se conformant à l'article 13 ;

« Attendu que ce droit permet de repousser toute attaque injurieuse, toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne décédée à laquelle il est imputé ; qu'il peut s'exercer pour défendre la mémoire de la personne attaquée et conserver intact son patrimoine moral *sans qu'il soit nécessaire que l'écrivain ait eu, en rédigeant son article, une intention malveillante à l'égard du défunt ou de ses héritiers* ;

« Attendu, *en fait*, qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que, le 15 mars 1899, Lasseur a fait insérer dans le *Petit Journal*, dont il était le gérant, un article intitulé « Les Secrets militaires » où on lit :

« La campagne de 1815, terminée à Waterloo, pré-
« sente deux cas saisissants de trahison, l'un d'ordre
« stratégique, l'autre d'ordre tactique. J'en emprunte le
« récit au livre considérable que vient d'écrire M. Henry
« Houssaye. Voici d'abord le général de Bourmont pas-
« sant à l'ennemi au moment où les avant-gardes vont
« s'engager..... » ;

Attendu que, *bien que l'arrêt constate que l'auteur de l'article*, en rappelant les actions d'un personnage historique pour les discuter et les apprécier selon ses vues, *n a commis aucun délit, il est toutefois certain que l'écrivain impute au général de Bourmont un acte qui porte atteinte à son honneur* ;

« *D'où il suit* qu'en reconnaissant à Louis de Bourmont, l'héritier de ce général, le droit de réponse prévu par l'article 34 § 2, l'arrêt attaqué n'a fait, dans son dispositif, qu'une juste application de la loi ;

« Attendu, d'ailleurs, que l'arrêt est régulier en la forme ;

« Par ces motifs ;

« Rejette le pourvoi de Lasseur contre l'arrêt en date du 15 novembre 1899, rendu contre lui par la Cour d'appel de Paris et condamne par corps le demandeur à l'amende envers le Trésor public et aux dépens ».

Depuis cet arrêt de cassation, aucune affaire du même genre n'a sollicité l'avis des Tribunaux. Il est vraisemblable qu'ils adopteront maintenant la théorie juridique

de la Cour suprême relative à l'interprétation restrictive du deuxième alinéa de l'article 34. Il reste à souhaiter, pour que les droits de l'histoire soient pleinement protégés, qu'ils ne confondent pas la révélation historique avec la diffamation et qu'ils cessent de voir une « intention de nuire » chez un écrivain qui n'a eu que la passion d'instruire.

CHAPITRE VI

CRITIQUE DE LA SOLUTION DONNÉE PAR LA LOI DE 1881 ET PROPOSITION DE RÉFORME

§ 1. — Après avoir exposé les divers systèmes législatifs relatifs à la diffamation envers les morts, après avoir montré que le repos sacré qui s'accorde aux sépultures doit s'étendre à la mémoire des disparus et que tous les peuples ont cherché à l'assurer par des sanctions efficaces nous pouvons nous demander si les efforts qui ont été faits tant dans les législations anciennes que dans celle qui nous régit actuellement ont donné des résultats définitifs en eux-mêmes. La loi a-t-elle suffisamment pesé la gravité des intérêts qui se trouvaient en présence et qui menacaient d'entrer en conflit ? A-t-elle en voulant protéger l'honneur des familles assuré une liberté suffisants aux œuvres littéraires et en particulier à l'histoire ? Nous avons vu au cours des divers procès que nous avons rapportés dans le cours de cet ouvrage, le juge invoquer souvent les droits de la Vérité ; demandons-nous maintenant si ces droits ont été suffisamment protégés.

Et tout d'abord, laissons de côté les considérations religieuses ou philosophiques qui, en envenimant le problème, n'ont fait que l'obscurcir et qui, n'ont eu pour résultat que de diviser les juristes en spiritualistes ou

athées alors qu'ils auraient dû se réunir pour donner la meilleure interprétation à la loi de 1819. Que l'âme existe ou n'existe pas, que nos actes pendant la vie soient la résultante d'une action combinée de l'âme et du corps ou que le corps seul y participe, qu'importe pour la solution juridique d'une question de droit ? Est-ce qu'en tous cas il ne reste pas après nous quelque chose auquel les matérialistes, eux-mêmes, peuvent attacher un grand prix ? Ce quelque chose, c'est la mémoire, c'est le bilan de notre vie terrestre, ce sont, suivant les paroles de M. le Conseiller Plougoulm « nos labeurs petits ou grands, éclatants ou obscurs, leurs fruits bons ou mauvais ».

« Après l'homme, ajoutait-il, il reste ce qu'il a fait ; ce résultat, ce résumé de sa vie, c'est sa mémoire et c'est lui encore. Il se survit par là : il est honoré, respecté par là, puissant par là. Est-ce une illusion, est-ce une ombre que cette mémoire qui nous est chère et sur laquelle nous réglons notre vie ? *Quidquid amavimus manet* ». Et si nous laissons après nous ce sillage plus ou moins profond qui attestera notre passage ici-bas, le législateur doit se demander s'il protégera cette mémoire et comment il la protégera.

La première question ne saurait faire de doute. « Si l'héritier ne peut poursuivre le diffamateur de son parent disparu, l'homme, disait encore M. le conseiller Plougoulm, ne respectera plus et ne défendra plus la mémoire de son père, parce qu'il saura que la sienne ne sera ni respectée ni défendue. Il juge du mépris qui l'attend par le mépris qu'il pratique. Et alors que deviennent les souvenirs, les traditions de famille, les encouragements à bien faire ? Voyez-vous cette loi desséchante ajoutée à cet endurcissement de l'égoïsme, maladie trop ordinaire

à notre nature, car elle restreint l'homme, l'empoisonne, l'étouffe dans cette étroite vie de la terre et lui ôte ce qui est tout l'homme pourtant, le dévouement et les égards au-delà du tombeau ». Et M. Pelletan parlant dans le même sens disait : « L'homme ne commence pas au berceau et ne finit pas au tombeau ; il vit encore dans le passé et dans l'avenir par la paternité et la descendance. La famille constitue ainsi, d'une génération à l'autre, une association à la fois renouvelée et perpétuée par le principe d'hérédité ; mais il n'y a pas que le patrimoine qui fasse partie de l'héritage, il y a aussi le nom et chaque fois qu'on porte atteinte à son honneur, tout membre de la famille a droit de le défendre ».

§ 2. — La diffamation envers les morts doit donc être punie, soit directement, soit indirectement. C'est là une vérité qui est devenue un principe de législation car presque tous les pays l'ont reconnue. Quelques-uns exigent, comme la France, que les héritiers aient été personnellement diffamés : ce sont la Suède et la Principauté de Monaco qui en 1864 et en 1875 ont modifié dans ce sens les dispositions de leurs codes.

§ 3. —L'Angleterre s'est rangée au même système. On lit en effet au tome 2 de M. Laya sur le Droit anglais (page 180) : « Tout écrit qui attaquerait la mémoire d'une personne morte peut être puni pourvu qu'il soit évident que l'auteur de cette publication ait eu l'intention de blesser les sentiments ou de répandre le déshonneur et le mépris sur les parents du défunt ».

Une décision de la cour du Banc de la Reine du 9 février 1884 (*Journal de Droit International privé*, 1885,

p. 100), vint préciser la jurisprudence anglaise sur ce point et la mit en conformité avec celle qui s'est établie chez nous sous l'empire de la loi de 1881.

§ 4. — Le duc de Vallombrosa, étranger, résidant à l'étranger, avait présenté à la Haute-Cour une demande tendant à obtenir immédiatement l'exécution d'une décision qu'il avait obtenu contre M. Labouchère propriétaire du journal anglais « *Le Truth* » à raison d'un article diffamatoire publié le 22 février 1883 qui imputait à son père une conduite infâme. La Cour refusa d'en ordonner l'exécution sous la raison que « bien que les autorités ne soient pas concluantes sur ce point, elles tendent à faire décider que l'action ne doit pas être admise lorsque la personne diffamée est morte. » C'est bien en réalité le système français actuel puisque chez nous non plus la simple diffamation envers le mort non accompagnée de considérations pouvant porter atteinte à ses héritiers, n'est pas punissable.

§ 5. — Mais à côté de ce premier groupe, s'en trouve un autre qui admet le principe même de la diffamation envers les morts et qui la réprime sans que les héritiers aient eu à en supporter le contre-coup. Citons par exemple, le code pénal belge (art. 450), celui des Pays-Bas, (art. 270), celui de la Finlande adopté en 1889 (Trad. Beauchet 1890. art. 27 par. 4) celui de l'Allemagne (art. 189) et ceux de l'Autriche et de la Hongrie, (art. 495 et art. 273). Ajoutons enfin que presque tous les divers cantons de la Suisse ont adopté le même système qui est aussi celui de l'Italie (art. 400 du code pénal de 1889, de l'Espagne (art. 480), et du Portugal (art. 417).

La législation de l'Espagne offre une particularité qui demande à être examinée en détail. Il résulte de l'article 480 du Code pénal que quand la diffamation atteint une personne décédée, l'héritier a le droit d'en demander la répression sans condition aucune En outre, certains parents sont ensuite énumérés qui ont le même droit mais alors sous la condition expresse que la diffamation les ait atteints personnellement. Ce système qui ne manque pas d'originalité est parfaitement logique. L'héritier succédant au patrimoine moral du défunt, même s'il renonce à sa succession doit pouvoir défendre l'honneur de son parent décédé qui est devenu le sien. Quant aux autres membres de la famille qui ne sont pas héritiers, leur parenté leur donne bien un droit mais ce droit, n'existe que si elles sont atteintes par les attaques dirigées contre le défunt.

Quant à choisir entre les diverses législations et à préférer telle ou telle à telle autre, c'est là une question bien délicate. Nous l'avons dit en commençant ce travail. Le premier souci que doit avoir le législateur qui veut réprimer la diffamation, c'est de respecter les droits de l'historien et de ne pas apporter à la liberté d'appréciation qu'il doit avoir des entraves qui le paralyseraient. La loi de 1881 répond-elle à ce besoin impérieux de liberté que doit avoir la pensée de l'écrivain ? C'est ce que nous contestons et c'est ce que nous allons nous efforcer de prouver maintenant que le système de la loi est connu dans ses moindres détails.

§ 6.— Et tout d'abord, à l'égard de simples particuliers, pourquoi exiger, pour que la diffamation envers une personne disparue soit punie, que les héritiers vivants aient été atteints par cette diffamation ? Pourquoi ne pas répri-

mer toute atteinte à son honneur en dehors de tout contre-coup sur ceux qui lui succèdent ?

Pourquoi, en un mot, ne pas admettre, sans restriction aucune, le principe de la diffamation envers les morts *à l'égard des simples particuliers ?*

Ceux-ci, en effet, de leur vivant se sont systématiquement tenus à l'écart de tout honneur public. Mandats électifs, situations administratives, ils ont tout repoussé préférant le calme d'une existence obscure à l'éclat parfois redoutable d'une fonction publique.

Ils n'ont joué aucun rôle dans la conduite des affaires et leurs actes n'ont eu aucune répercussion sur les événements qui ont attiré l'attention de leurs contemporains. Dans ces conditions, l'histoire n'aura pas à s'occuper d'eux car qu'importe la vie de ceux dont on a pas parlé. Quel besoin aura un écrivain de l'avenir de tirer de l'oubli cette mémoire qui n'était connue que d'un cercle d'intimes, pour la juger et la critiquer au grand jour de la discussion publique? Dans quelle mesure, un tel récit instruirait-il? quelle lumière nouvelle jetterait-il sur les mystères du passé? Et si l'écrivain n'a pas à connaître ceux qui n'ont pas d'histoire, de quel droit le premier pamphlétaire venu pourrait-il apporter le trouble dans une famille qui ne demande que le calme et insulter la mémoire d'un mort qui, pour vivre heureux, a voulu vivre caché. A l'égard de ces modestes, de ces obscurs, des simples particuliers en un mot, nous regrettons que le législateur n'ait pas puni la diffamation commise après leur mort en dehors de toute atteinte à la personne de leurs héritiers. Sans doute, il reste à ceux-ci avec la législation actuelle, la ressource de l'action civile qui précisément en pareil cas peut être séparée de l'action publique. Mais cette action civile of-

frira dans la pratique plus d'une difficulté. Tout d'abord, elle exige la constitution d'un avoué et elle entraine des frais beaucoup plus considérables que la juridiction correctionnelle d'autre part elle apparaît au cas où l'héritier réclame de gros dommages-intérêts comme ayant le caractère d'une spéculation regrettable.

Enfin et surtout, elle n'est pas une répression suffisante de la diffamation. Qu'importe à un écrivain sans conscience, à un journaliste sans honneur d'être condamné à une somme même importante de dommages-intérêts ! La plupart du temps, il n'aura rien à débourser de sa poche car pour certaines entreprises, les condamnations judiciaires ne forment qu'un article de comptabilité qui rentre dans les frais généraux et qu'alimente l'argent des actionnaires. Tout au contraire, si l'écrivain savait qu'une répression que nous voudrions particulièrement sévère l'attend, il hésiterait à commettre un délit qui, nous le supposons, pourrait lui valoir plusieurs mois de prison. « La vie privée doit être murée » a dit Royer-Collard dans un de ces accès de bon sens oratoire qui lui étaient familiers. Aussi toute tentative pour abattre ce mur doit-elle être considérée comme un délit particulièrement grave. Il est, en effet, d'autant plus odieux qu'en étant assez habile pour ne pas atteindre les héritiers, l'écrivain qui a diffamé un mort a commis en réalité une lâcheté, car il est fort possible que, du vivant de sa victime, il eut eu plus des ménagements à son égard. Nons voudrions donc que la loi punisse la diffamation envers les morts *dans tous les cas lorsque cette diffamation a été commise à l'égard d'une personne qui, de son vivant, n'a joué aucun rôle public.*

§ 7. — Mais et c'est la contre-partie nécessaire de ce que nous venons de dire, nous voudrions pour l'histoire plus de liberté que la loi de 1881 ne lui en a accordé par rapport aux hommes qui ont joué un rôle public. Ceux-là appartiennent à l'histoire. Ils ont sollicité les suffrages de leurs contemporains ou la confiance des gouvernements, ils ont préféré les situations politiques ou administratives aux carrières plus paisibles et plus silencieuses qu'ouvrent le commerce, les arts ou les sciences.

Ils ont voulu participer à la marche des affaires et influer sur leur direction ; ils ont enfin recherché la popularité et ils se sont offerts à la foule ; ils doivent pouvoir être examinés en toute sécurité par ceux qui précisément ont pour mission de renverser les idoles et d'exalter les méconnus. Et sous ce nom d'hommes publics, nous comprenons non seulement les Chefs d'Etat et leurs Ministres, mais nous entendons parler également des fonctionnaires et de tous ceux qui à un degré quelconque ont participé à la vie publique. Les maires, les conseillers municipaux, les conseillers généraux, les conseillers d'arrondissement, rentrent dans cette catégorie avec les Sénateurs et les Députés et les fonctionnaires de tout ordre le complètent avec ceux qui temporairement auront été chargés d'une fonction publique.

L'historien pourra après leur mort les juger en toute impartialité. S'il outrepasse ses droits ou commet des inexactitudes, la voie civile sera ouverte aux héritiers. Ils pourront obtenir des tribunaux soit des dommages-intérêts, soit des rectifications ou les deux en même temps, et par là le repos des familles de même que le souci absolu de la vérité sera assuré sans que les droits de l'histoire puis-

sent subir la moindre atteinte. Aucune poursuite criminelle ne sera plus là pour menacer celui qui doit tout dire et qui, actuellement en cherchant l'Académie, comme le faisait spirituellement observer Paillart, rencontre trop souvent la Police correctionnelle. Si dans sa fièvre de recherches il a commis quelque inexactitude, il sera le premier à louer le législateur d'avoir permis à ses contradicteurs de faire une preuve différente de la sienne puisqu'elle se rapprochera davantage de la vérité. C'est cette solution, qui, seule, sauvegardera la liberté de penser et d'écrire. C'est elle seule qui protègera l'honneur des familles de ceux qui ont voulu prendre part à la vie publique. A une époque où le journal et la Revue font une concurrence redoutable au livre, où la rapidité de l'imprimerie permet de publier en quelques jours des périodiques considérables, il faut autant de liberté pour le critique qui publie en feuilles séparées son ouvrage, que pour celui qui préfère le faire paraître au complet, car comme le disait Villey : « Où est la limite des franchises de l'histoire ? N'y a-t-il d'histoire que dans un in-8, l'in-12 y est-il compris ? Est-ce que tous les jours on ne réunit pas une série d'articles, de feuilles périodiques en un seul livre qui fait parfois très bonne figure ? Est-ce qu'il est interdit à la vraie, à la bonne histoire, de revêtir parfois la forme saisissante et incisive du pamphlet ? Est-ce que tel journaliste ne peut pas être de bonne foi et tel historien qui a écrit de gros in-4, de très mauvaise foi ? Est-ce que enfin toutes ces choses ne sont pas des sources vives où s'alimente l'histoire ? ».

L'histoire sous toutes ses formes jouira donc de la même liberté. Et alors seulement elle pourra remplir complètement son rôle. Amyot faisait déjà remarquer,

dans sa préface mise en tête des Œuvres de Plutarque (T. I., p. 25) que : « L'histoire a bien aussy sa manière de chastier les meschants par la note d'infamie perpétuelle, dont elle marque leur mémoire, qui est un grand moyen de retirer des vices ceulx qui autrement auroyent maulvaise et lasche volonté : comme aussy, est-ce un bien vif et poignant aiguillon aux hommes de gentil cœur et de nature généreuse, pour les inciter à entreprendre toutes haultes et grandes choses, que la louange et la gloire immortelle dont elle rémunère les bienfaisants ».

Et Pasquier demandait déjà dans ses lettres (liv. 3, lettre 8) : « Appelez-vous mesdisance en un historiographe quand il vous estale sur son papier la vérité toute nue. Nul n'est blessé que par soy-mesme ».

Et Dante n'avait-il pas prévu quels devaient être les droits de l'histoire lorsqu'il avait écrit au chapitre XV de son « Paradis » : « J'ai appris des choses que je ne peux redire sans que l'acreté de leur saveur éveille les ressentiments et si je me montre un ami timide de la vérité, je crains de ne pas vivre parmi ceux qui nomment ainsi le temps où nous sommes. La lumière répondit : Sans doute ta parole semblera rude à la conscience troublée par sa propre honte ou par celle des autres ; néanmoins réprouve tout mensonge ; récite ta vision tout entière et laisse crier ceux qui se croient atteints. Si cette parole semble d'un goût amer dans le premier moment, elle n'en laissera pas moins une fois digérée une nourriture vivifiante. Ton cri sera comme le vent qui frappe avec plus de force les cîmes les plus hautes et ton honneur n'en retirera pas son moindre lustre ».

Tacite n'avait-il pas déjà dit que le principal devoir de l'histoire est de ne taire aucune vertu et de faire craindre pour les paroles et les actions coupables, la postérité et l'infamie ? L'un des écrivains qni a le mieux défendu la thèse que nous soutenons (1) a pu écrire : « Dans le mouvement de la vie active, dans les devoirs de la vie pratique, quand « les flots tumultueux de l'histoire » (Gœthe) s'agitent autour de nous, devant la solennité de ces jugements humains qui se renouvellent et se corrigent parce qu'ils ne sont pas infaillibles ; arrière les ménagements et les réticences ! Ce grand litige dépasse la compétence de nos tribunaux ; la conscience publique admet des compensations que la conscience judiciaire et la conscience individuelle doivent repousser. Au monde, à la postérité appartiennent la révision, la grâce, l'amnistie pour les uns, la condamnation pour les autres. Hors de là tout est factice, convenu ou imposé, sans consistance et sans valeur ».

Il est permis de penser que cette thèse fut aussi celle du Rapporteur devant le Sénat de la loi de 1881. Le discours de M. Eugène Pelletan semble en effet ne laisser aucun doute à cet égard et si le résultat obtenu ne correspondait pas à ses désirs, il est probable que les restrictions ne vinrent pas de son côté : « quelle leçon disait-il pourrait nous donner l'histoire si la loi de la diffamation venait étendre son voile sur les morts pour les cacher à la postérité ? On veut qu'une pierre scellée sur une tombe couvre la vie antérieure aussi bien que leur dépouille ; mais une pareille prétention ne serait rien moins que la suppression de l'histoire et qu'aurait donc à faire la postérité et pour-

(1) M. Paillart.

quoi en appellerait-elle à son jugement si elle n'avait le droit de venger la victime et de flétrir le bourreau ?

Et à quel titre d'ailleurs et en vertu de quelle compétence un tribunal de Police correctionnelle viendra-il citer l'histoire à sa barre et lui faire sa part ? La connait-il aussi bien que l'historien soumis à sa juridiction ? Et à supposer qu'il la connaisse ne la juge-t-il pas lui aussi à son point de vue ? et son point de vue ne sera-t-il pas souvent un esprit de parti ? Votre commission n'a pas voulu qu'on mit l'histoire au greffe comme on le disait autrefois de la couronne ».

Malheureusement le texte de la loi de 1881 devait contenir une restriction qui ôtait toute portée à ce magnifique langage. C'est que les législateurs qui ont étudié la question jusqu'ici et qui se sont efforcé de la résoudre ont commis une confusion regrettable. Pour apprécier le droit de l'écrivain sur la mémoire des morts, il n'ont considéré que les vivants et ils ont voulu — c'est le système de notre loi actuelle — les limiter toutes les fois que des héritiers vivants pouvaient l'exiger. Pourquoi n'avoir pas plutôt distingué entre les morts ceux qui avaient joué un rôle public et ceux qui n'en avaient pas joué ? Car toute la question des droits de l'histoire est là. Là où il n'y a rien, l'historien n'a rien à dire, là où il y a beaucoup à planer l'historien doit pouvoir parler. Et qu'importe qu'il y ait ou non des héritiers ? En quoi les droits de l'histoire devraient-ils en être atteints ? Quelle compétence peut donc avoir un arrière petit-fils peut-être oisif et ignorant à venir contester les jugements qu'un penseur a porté sur son arrière grand-père maréchal de France ? Il y a là, nous semble-t-il un point de vue absolument faux

et c'est parceque le législateur n'a fait jusqu'ici que l'envisager qu'il n'est pas arrivé à donner la solution définitive au problème de la critique historique.

La Cour de Cassation avait bien senti en 1860 qu'elle se heurtait avec son système aux droits de l'histoire. Elle s'était efforcée de se tirer d'embarras en établissant une distinction bien subtile. « L'historien, avait dit M. le Conseiller Plougoulm dans son rapport, quand il rencontre sur sa route un fait qui doit déshonorer une famille, une mémoire, redouble de vigilance, d'efforts pour ne pas se tromper pour remplir avec sûreté son devoir de révélateur, de vengeur social et jamais le juge ne le punira. Quant aux libellistes, aux pamphlétaires qui ne reculent pas devant les licences scandaleuses, ceux-là seront punis ». Et le procureur général avait partagé l'avis du Conseiller rapporteur en disant à son tour : « L'histoire soit ! mais à la condition que l'histoire parlera comme un juge. Mais si l'écrivain n'a parlé d'un nom que pour le flétrir, s'il n'a touché à sa renommée que pour la souiller méchamment et la ruiner, il doit une réparation : j'admets la liberté et non la licence... Donnera-t-on des lettres de marque à tous les corsaires de la littérature pour faire avec impunité des incursions violentes sur le domaine des réputations sous prétexte que les individus étant morts leur bonne ou mauvaise renommée appartient à l'histoire ?

Cette distinction nous paraît bien subtile et partant bien dangereuse. Qui aura compétence pour distinguer le calomniateur de l'historien ? Les Tribunaux. Mais sont-ils à même de remplir ce rôle ? Où puiseront-ils les éléments de leur conviction scientifique ? Quand devront-ils absoudre et quand pourront-ils condamner ?

Ce système est insoutenable. Il ne faut pas que l'honneur d'un écrivain dépende de l'appréciation de juges qui n'ont pas qualité pour censurer l'histoire.

Il ne faut pas surtout qu'un homme puisse être condamné comme diffamateur pour que quelques années plus tard, la découverte d'un document nouveau vienne en même temps l'absoudre et condamner son juge.

§ 8. — Sans doute la loi de 1881 n'a pas reproduit les distinctions subtiles de la jurisprudence ancienne ; mais son système ne protège, en fait, pas plus l'historien que le silence de la loi de 1819. Dire qu'un écrivain ne sera coupable que lorsqu'il aura en parlant des morts attaqué les vivants, c'est encore laisser place à l'arbitraire. Quand la révélation paraîtra énorme aux contemporains de l'écrivain et provoquera un gros scandale, quel tribunal aura le courage de dire qu'elle n'a pas atteint les héritiers? L'honneur et la réputation d'un homme de lettres sera donc protégé par le degré d'importance de ses révélations. Une petite insinuation lui sera pardonnée, une grosse affirmation lui sera imputée à crime. Sans doute en pareil cas, s'il s'est attaqué à un personnage ayant joué un rôle public la Cour d'assises deviendra compétente pour le condamner et il pourra devant cette juridiction faire la preuve de ce qu'il a avancé. Mais quel danger ne courra-t-il pas par devant une juridiction aussi facilement impressionnable par les influences extérieures ; faire le jury juge des allégations historique d'un écrivain, n'est-ce pas la plus dangereuse des hardiesses de la procédure criminelle ; là où un magistrat de carrière peut être insuffisant, donner toute compétence à un simple citoyen français, de son métier épicier ou marchand de vins, n'est-ce pas mettre l'écri-

vain à la merci de l'opinion publique qni en fait dirigera le jury ?

Le jury est dans son rôle lorsqu'il connaît des crimes de droit commun. Il ne faut pour les apprécier que du bon sens et de l'humanité. Le jury a ces deux qualités au plus haut degré mais faire de lui, en lui livrant la prose des historiens, le juge des juges, le critique des critiques, c'est méconnaître son but et sa raison d'être.

Le système que nous proposons est à l'abri de ces reproches, puisque précisément il supprime toute action *pénale* lorsque l'historien a parlé d'un homme public disparu. Il n'est sans doute pas complètement à l'abri des critiques. Quelle œuvre humaine pourrait y être ? — Mais il sauvegarde du moins absolument les droits de la pensée et ceux de la famille. Les Tribunaux civils seuls pourront accueillir les plaintes des héritiers qui se prétendront lésés. Apporteront-ils des preuves convaincantes de l'inexactitude des écrits qu'ils poursuivent ? La justice en ordonnera l'insertion par voie de supplément aux ouvrages en question. Laisseront-ils à entendre que l'historien a commis une faute lourde assimilable au dol en les ignorant ? Ils le feront condamner à une somme écrasante de dommages intérêts qui ôtera à tout jamais à l'écrivain l'envie de recommencer de pareilles légèretés. Mais nous ne verrons plus ce qui se produit avec la loi actuelle : des écrivains poursuivis et condamnés en police correctionnelle pour n'avoir fait que dire la vérité, puisque la preuve n'y est point admise et d'autres traduits en cour d'assises où ils peuvent sans doute faire connaître les motifs de leur opinion, mais qui sont exposés à toutes les impressions d'un tribunal de citoyens, qui se sachant incompétent pour résoudre de lui-même la ques-

tion qu'on lui pose, demande aux publicistes et aux journaux, la solution de leur choix.

« La diffamation posthume dit M. Grellet-Dumazeau, s'adresse particulièrement à l'homme qui a joué un rôle actif sur la scène politique, dont le nom a retenti bruyamment dans les drames révolutionnaires, à la tribune des débats parlemementaires, dans les protocoles diplomatiques, dans les hasards des coups d'État. Mais laissez faire ! si cet homme a bien servi son pays, sa gloire suffira pour le protéger contre les clameurs de l'esprit de parti. Et, d'ailleurs, s'il a des détracteurs n'a-t-il pas aussi des panégyristes ! La vérité n'a-t-elle pas accès dans la presse aussi bien que le mensonge ? Vienne l'histoire, l'histoire grave et méditative, qui pèse les faits dans le silence de la retraite dans le calme de l'impartialité, et restez convaincu qu'elle saura judicieusement faire la part du temps et des circonstances des hommes et des choses. Que deviendrait son indépendance, où serait l'utilité de ses enseignements, s'il lui était interdit de diffamer les morts parce qu'elle aurait le pouvoir de les calomnier ? Le droit de dire la vérité sur les méchants, quand l'ordre public ne doit plus en souffrir est un hommage à la vertu. Ce droit n'existera plus du jour où vous aurez écrit dans la loi ou décidé par la jurisprudence que l'héritier peut appeler devant les Tribunaux des jugements que l'histoire a portés sur son auteur, car l'histoire de l'homme public commmence à ses funérailles ».

Cette distinction que nous avons établie entre la notion de l'homme public et celle de l'homme privé nous la poussons dans ses dernières conséquences au nom de la liberté de l'histoire. Bien des faits de la vie privée d'un

homme public pourraient, semble-t-il, échapper à l'historien et l'on pourrait peut-être être tenté de lui en interdire le récit ? Nous nous y opposons énergiquement. Ces faits de la vie privée peuvent jeter sur la vie publique de tel personnage historique une lumière qui en montrera tous les reliefs. La vie publique des grands personnages n'est souvent que l'envers de leur vie privée et il faut que rien ne puisse échapper aux investigations de l'historien.

Si on a pu dire qu'il n'y avait pas de grands hommes pour leurs valets de chambre, à plus forte raison ne doit-il pas en exister pour leurs juges : « Les clartés de l'histoire, dit M. Villey, jaillissent de mille petits faits privés, intimes, qui ne concernent pas seulement l'homme public mais l'homme privé ». Il faut que ces petits faits puissent être appréciés, critiqués, pour que l'écrivain puisse se prononcer en toute connaissance de cause. Il va sans dire qu'au cas où il cesserait d'agir en honnête homme et se livrerait à des calomnies, les héritiers pourraient par la voie civile les lui faire payer chèrement, mais à la condition toutefois qu'ils puissent démontrer, puisque tous les moyens de preuve sont admis devant cette juridiction, que leur adversaire a fait œuvre de calomniateur.

§ 9. — En résumé, notre système tout entier pourrait tenir dans les propositions suivantes : « 1° Défunts qui pendant leur existence n'ont pris aucune part aux affaires publiques. Toute attaque dirigée contre leur mémoire constitue un délit *sévèrement* puni *par la loi pénale* et aucun mode de preuve n'est accordé au diffamateur. Le tribunal compétent sera la police correctionnelle.

« 2° Défunts qui, de leur vivant, ont participé aux affaires publiques. Tout acte de leur vie publique ou de leur vie privée est soumis à la libre appréciation des écrivains.

Toute contestation qui pourra surgir entre eux et les héritiers, sera du ressort des tribunaux civils qui pourront prononcer des dommages-intérêts *très importants* ou ordonner des rectifications aux frais de l'historien.

Telle nous paraît être la formule qui doive satisfaire les intérêts de l'histoire et ceux des familles. J'ajoute qu'une loi, à la fois si ferme et si libérale, conviendrait aux exigences d'une démocratie chaque jour plus soucieuse de s'instruire, mais aussi plus à même d'être facilement trompée.

La presse a bouleversé les conditions de l'histoire. Elle a singulièrement facilité ses recherches et favorisé son développement. Toute tentative qui s'efforcerai de lui opposer des résistances serait, en même temps qu'un monstrueux anachronisme, une chimérique entreprise. Mais s'il faut que l'histoire jouisse des plus absolues immunités ce n'est pas pour qu'elles puissent tenter les professionnels de la diffamation. Ceux-ci se verront assignés devant des juges impartiaux et éclairés ; un débat historique s'ouvrira pour quelques minutes dans leur audience et si la calomnie et la mauvaise foi éclatent aux yeux de tous, le Tribunal prononcera des condamnations « à l'anglaise » qui produiront plus d'effet que d'insignifiantes amendes pénales.

Avec ce sysème, c'est le renversement de la présomption actuellement établie ; c'est la possibilité de considérer toute appréciation sur une personne disparue comme émanant historien jusqu'à preuve du contraire et c'est en même d'un

temps que la liberté la plus large accordée aux hommes de travail et d'études, la répression la plus sévère établie contre ceux qui, en parlant au nom de l'histoire, la déshonorent à tout jamais.

§ 10. — Quant au droit de réponse des héritiers il apparaîtrait sous un pareil système comme à peu près inutile puisque la meilleure des réponses pour l'héritier serait d'obtenir, au cas de diffamation envers un mort ayant rempli de son vivant des fonctions publiques, une rectification ordonnée par le Tribunal. Et dans les cas de diffamation envers un mort qui n'aurait jamais eu qu'une vie modeste et cachée il serait encore inutile puisque la condamnation de l'écrivain serait fatale et que le Tribunal pourrait en ordonner l'insertion. Nous le supprimerions donc volontiers en pareil cas pour ne le laisser qu'aux vivants nommés ou désignés dans un journal.

§ 11. Reste la question de savoir quels héritiers pourraient agir en justice. Là encore nous ferions une distinction. Au cas de diffamation posthume envers un simple particulier, nous donnerions le droit d'agir *individuellement* à chaque héritier et par ce mot nous comprendrions ceux qui réellement ont hérité du défunt ou auraient pu en hériter s'il avait laissé un héritage.

Nous comprendrions en outre le conjoint survivant. Quant à la diffamation posthume commise envers un personnage public, nous voudrions que les mêmes héritiers ne puissent agir individuellement et que dans le cas, où ils voudraient obtenir des tribunaux une rectification la loi leur imposât une sorte de conseil de famille spécial où ils discuteraient les poursuites et les décideraient à la

majorité des voix. Cette précaution de procédure aurait pour effet de protéger encore l'historien en empêchant qu'il soit assigné à la légère par un parent quelque peu jeune et irréfléchi. Sans doute en pareil cas, l'écrivain n'aurait rien à craindre puisque le demandeur perdrait vraisemblablement son procès, mais il aurait employé du temps et de l'argent à se défendre, et c'est encore trop. Pour éviter ces instances *ab irato*, ce conseil de famille spécial dont il serait facile de règler le fonctionnement, jouerait un rôle particulièrement utile. Il ne porterait devant la justice que des procès absolument sérieux et épargnerait ainsi la fatigue des magistrats, en évitant l'encombrement de leurs audiences.

§ 12. — Telles sont les conclusions auxquelles nous ont amené l'étude de l'intéressante question de la diffamation envers les morts à travers les âges.

Nous avons vu qu'elle s'est posée de tous temps et que l'effort du législateur a été de donner de plus en plus de liberté à l'historien pour accomplir sa mission sociale.

La loi actuelle de 1881 a incontestablement marqué un progrès sur la législation confuse et imprécise de 1819. Ce progrès est encore insuffisant en lui-même car il a laissé trop souvent encore l'écrivain à la merci des héritiers d'un personnage historique. Le législateur de demain devra mettre la dernière main à une œuvre qui ne pouvait recevoir du premier coup sa forme définitive. Il lui appartiendra d'achever ce que ses devanciers ont commencé et de donner à l'histoire les droits sans lesquels elle ne peut accomplir utilement la mission vengeresse que Cicéron lui reconnaissait déjà et que Chateaubriand lui a confirmé dans son magnifique langage.

Puisse cette modeste étude le guider dans ses travaux en lui faisant saisir que la cause de l'histoire est intimement liée à celle de la liberté de la pensée!

BIBLIOGRAPHIE

Barbier. — Code expliqué de la Presse.
Bertrand. — Le régime local de la Presse en Angleterre.
Blanche et Dutruc. — Etudes pratiques sur le Code Pénal.
Celliez et de Senne. — Loi de 1881 sur la Presse.
Chassan. — Traités des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse.
Dulac. — De la responsabilité civile en matière de délits commis par la voie de la Presse.
Fabreguettes. — Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse.
Gahier. — La diffamation et la loi du 29 juillet 1881.
Grellet-Dumazeau. — Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage.
Roger. — Délits de Presse.
Rousset. — Code général des lois sur la Presse.
Worms. — Les attentats à l'honneur.
Bertin. — De la diffamation envers les morts.
Lavalley. — Insuffisance de nos lois sur la calomnie.
Tattarano. — De la diffamation verbale et écrite dans l'ancien droit romain. (*Journal des Parquets*, année 1896) et la diffamation dans la législation russe (id., année 1897).
Journal de Droit criminel, année 1860. Dans quel cas et comment, des imputations atteignant la mémoire d'un défunt peuvent-elles motiver une poursuite en diffamation.— Id., année 1868 : Notre législation pénale sur la diffamation punit-elle l'imputation publique de faits qui portent atteinte à l'honneur d'une personne décédée.
Journal du Droit criminel 1877 : Publication de faits concernant la vie privée. — Id. De la preuve du fait diffamatoire dans le cas où elle est autorisée par la loi du 29 juillet 1881.
Johnson. — La diffamation en Angleterre. (Nouvelle Revue, 1er février 1890).
Bonnier. — De la diffamation envers les morts. (Revue critique, année 1859).
Paillart. — Les franchises de l'historien.

A. Lefèvre-Pontalis. — De la liberté de l'histoire.
Berville. — Du droit de plainte en matière de diffamation.
Hébert. — Journal des Débats, 28 octobre 1860 ; l'Espérance de Nancy, nos des 6 et 8 juin 1860.
Lallemant dans le Courrier du dimanche 10 juin 1860.
Moreau. — Les droits de l'histoire.
Grand. — La diffamation envers les morts (Revue pratique du droit français, 1er avril 1860).
Bonnier. — Traité des preuves.
Massol. — De la diffamation envers les morts (Journal de Droit criminel, 1865).
Busche. — De la diffamation, 1875.
Courtel. — Essai sur la diffamation 1875.
Dornand. — De la diffamation envers les particuliers, 1867.
Heurtau. — De la diffamation, 1881.
Heuhlard de Montigny. — De la diffamation, 1881.
Labussière. — De la diffamation, 1870.
Pilatte. — De la diffamation, 1879.
Piganol. — De la diffamation, 1881.
De Vaurenghien. — De la diffamation, 1873.
Fayout. — De la diffamation, 1884.
P. de Juvenel. — De la diffamation, 1889.
Merlin. — Répertoire de jurisprudence, v° calomniateur.
Faivre et Benoit-Lévy. — Code manuel de la Presse.
Bazille et Constant. — Code de la Pressé.
Journal officiel, 22 juillet 1881.
Recueils périodiques de jurisprudence.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE IV

La Solution donnée par la Loi actuelle du 29 Juillet 1881

CHAPITRE V

Le droit de réponse des héritiers

CHAPITRE VI

Critique de la Solution donnée à la Diffamation envers les morts par la loi de 1881 et Proposition de réforme

Angoulême — Imp. L. COQUEMARD, 42, rue Fontaine-du-Lizier.

THIS BOOK IS DUE ON THE LAST DATE
STAMPED BELOW

AN INITIAL FINE OF 25 CENTS

WILL BE ASSESSED FOR FAILURE TO RETURN THIS BOOK ON THE DATE DUE. THE PENALTY WILL INCREASE TO 50 CENTS ON THE FOURTH DAY AND TO $1.00 ON THE SEVENTH DAY OVERDUE.

JAN [illegible]8 1943

LD 21-100m-7,'40 (6936s)

YC 36665

301367

Azard
D13
A9

UNIVERSITY OF CALIFORNIA LIBRARY

E. STECHERT
& Co.
NEW YORK

